

قانون القضاء المدني

دراسة في نظام القضاء وإجراءات التقاضي
في قانون المرافعات

الجزء الأول قواعد النظيم القضائي

القضاء ووظيفة، تشكيلته وقضاؤه، ولاية اختصاصه
الدعوى القضائية

دكتور
محمد محمد سالم

أستاذ رئيس قسم قانون المرافعات
بكلية الحقوق - جامعة عين شمس
والمحامى لدى محكمة النقض

الطبعة الثانية

١٩٩٠ - ١٩٩١



قانون القضاء الملازم

دراسة في نظام القضاء وإجراءات التقاضي
في قانون المرافعات

تأليف

دكتور محمود محمد هاشم

أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
والمحامى لدى المحكمة النقض



General Organization Of the Alexandria
Library (GOAL)

Bibliotheca Alexandrina

الطبعة الثانية

١٩٩٠



تمهيد

١ - ضرورة القانون :

لم يعد فى الامكان تصور وجود الانسان المنعزل ، الذى يعيش بمفرده ، بعيدا عن قرنائه ، لا يعاملهم ولا يعاملوه ، يقضى حاجاته ويشبع رغباته دون الاستعانة بأحد من بنى جنسه ، لأن الانسان كائن اجتماعى بطبعه ، لا يعيش الا فى جماعة ، ولا يوجد فى غير مجتمع ، فيه خلق ونشأ ، وفيه كتب عليه أن يعيش (١) وهو لابد مدفوع لأن يخالط الناس ، ويعاشرهم ، يعطيهم ويأخذ منهم ، ومن ثم ، كان لابد أن يدخل معهم فى علاقات متعددة ، وروابط متباينة ، وهكذا كان الأمر دائما ، وهكذا سيظل الى أن تقوم الساعة .

ولما كان الانسان - مدفوعا بفطرته وغريزته - لابد ساعيا الى تحقيق مصالحه ، عاملا على اشباع رغباته ، وهو فى سبيل ذلك مستعد لأن يفعل كل شيء ، ولو أدى ذلك الى الاضرار بالآخرين والمساس بحقوقهم ، الأمر الذى يؤدى الى نشوب الصراع والاحقاد بين أفراد الجماعة الواحدة . ومن هنا كان لابد من ايجاد قواعد

V. Capitant H. Introduction a l'etude du droit civile (١)
1921 P. 25.

وأنظر كذلك أحمد سلامة محمد - المدخل لدراسة القانون سنة ١٩٧٥ ، الكتاب الاول ص ٥ . منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٧٠ ص ٣ . فؤاد العطار النظم السياسية والقانون الدستوري سنة ١٩٧١ ص ٢٠ . محمد كامل ليلة - النظم السياسية سنة ١٩٧٠ ص ١١ - ١٣ . صوفى حسن أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون ١٩٦٥ ص ١٩ .

واضحة ، يلتزم بها الافراد ، تحدد لهم حقوقهم ، وتبين حدودها ، وتنظم لهم سبل اشباع حاجاتهم . فالمجتمع لا تستقر أحواله ولا تستقيم أموره الا اذا سار على قواعد محددة ، ياتمر أفرادها بها ، يخضعون لأحكامها ، ويتصرفون بمقتضاها . وتظهر من هنا أهمية هذه القواعد التى تقتضيها حياة المجتمع وتستلزمها ظروفه . فكان القانون وكانت قواعده ، والتى تعتبر بحق ضرورة اجتماعية ، لأنها لا توجد الا فى مجتمع ، كما لا وجود لمجتمع بغير قانون يحكمه (٢) .

٢ - ضرورة تحقيق القانون :

واذا كان القانون ضرورة اجتماعية ، تحتمها ظروف الجماعة البشرية ، والحياة الهادئة للمجتمع ، فان تنفيذه عن طريق الاعمال الفعلية لقواعده ، فى الواقع الاجتماعى ، يعد ضرورة اجتماعية كذلك ، لا تقل فى أهميتها وخطورتها عن ضرورة وجود القانون ذاته ، فلا خير فى قانون - مهما حكمت صياغته ، ووضحت عبارته - لا ينفذ ولا تحترم قواعده ، كما لا خير فى مجتمع لا يحترم قانون حياته .

والأصل أن يتم تنفيذ القانون تلقائيا ، من خلال النشاط اليومى لأفراد المجتمع وسلوكهم المعتاد ، فالقواعد القانونية موجهة أصلا اليهم ، وهم مطالبون باحترامها ، باتيان ما قضت به ، والامتناع عما نهت عنه وحظرت اتيانه ، حتى يسود النظام ويعم السلام بين أفراد الجماعة البشرية ، وذلك اما اقتناعا من الافراد بضرورة احترام القانون - فهو تعبير عن ارادتهم ، وتقنين لضمائرهم ، واما خوفا من توقيع الجزاء عليهم والذى تضمنته القاعدة القانونية التى يتم مخالفتها .

(٢) عبد الفتاح ساير دايز - القانون الدستورى ١٩٥٩ ص ٣

وانظر كذلك

Carnelutti F. Trattato del processo civile, Diritto e processo, Morano 1958 P. I.

الا أن هذا النفاذ التلقائي - وإن كان أملا من الأمال - لا يتحقق غالبا ، نظرا للطبيعة البشرية ، والانانية الانسانية ، لأن الفرد يسعى غالبا الى أشباع رغباته واحتياجاته ، بكل السبل ولو أدى الى الاضرار بالآخرين والمساس بحقوقهم . فيحدث من ثم ما يعوق تنفيذ القانون ، وما يمنع من تحقيقه في الواقع الاجتماعي .

ومن هنا كان لابد - حرصا على السلام الاجتماعي ، وتسييرا للنظام القانوني - من تقويم هذا الاعوجاج السلوكي للأفراد ، بإزالة ما يحول دون تحقيق القانون من عوائق ، أي كان لابد من العمل على تحقيق القانون وقواعده في الواقع الاجتماعي .

٣ - ضرورة القضاء :

ولكن أمر تحقيق القانون في الواقع الاجتماعي لا يجب أن يترك هكذا لتقدير الأفراد ، وإنما لابد من إيجاد سلطة تكفل للقانون احترامه ، وتعطيه فاعليته ولزومه ، عاملة على إزالة ما يعوق احترام القانون ، وما يعرقل النفاذ العادي له ، عن طريق إجبار الأفراد على احترام القانون وأعمال قواعده في تصرفاتهم وسلوكهم . وبغير هذه السلطة ، لا يعدو أن يكون القانون سوى قواعد نظرية ومبادئ عليا - مدونة في مدونات ، موضوعة على أرفف المكتبات ، ممثلة لقيمة علمية فحسب ، في انتظار قارئ أو باحث .

ولقد كانت القوة الخاصة هي وسيلة احترام القانون في المجتمعات القديمة ، فقد كان أمر تطبيق القانون متروكا لمشية الأفراد ، وبوسائلهم الخاصة ، يستطيعون الدفاع عن حقوقهم واستردادها عند الاعتداء عليها أو سلبها ، وانتشر بذلك ما كان يعرف بنظام القضاء الخاص Justice privé ، فمن كان يملك القوة يستطيع أن ينشئ حقوق له ويدافع عنها ، ومن لم يكن مالكا لها ، فلا يملك الا الخضوع للاقوياء أصحاب القوة والنفوذ . ولنا أن نتصور مجتمعا هذا حاله ،

وماذا تكون عليه حالة أفرادہ ؟!!! فوضى واضطرب فى المعاملات ،
وتعكير لأمن الناس وإمانهم .

ولهذا ما لبثت المجتمعات أن غيرت فكرتها وأدركت بحاستها ،
أن القوة لا يمكن أن تكون هى الوسيلة العادلة والفعالة لحسم
المنازعات بين الناس ، والزامهم باحترام القانون ، وبحث لذلك عن
وسيلة حضارية تكفل احترام القانون وتعطيه فاعليته ولزومه ، فظهرت
فكرة التحكيم الاختيارى فى بداية الامر ، والذى تطورت بعد ذلك الى
التحكيم الاجبارى ، وبمقتضاة يلجأ الخصوم الى شخص ثالث
يكون محايدا ، لا مصلحة له فيما هم متنازعون عليه ، ويعرضون
عليه وقائع نزاعهم ، مرتضين حكمه ، وبإصدار حكم المحكم تنتهى
المنازعة عند هذا الحد ، ويتم تحقيق القانون .

اذ أن هذا النظام - مع تشعب العلاقات بين الأفراد وتعددھا -
لم يعد قادرا على كفالة النظام القانونى ، واحترام قواعده . فكان لابد
من البحث عن نظام آخر يكون قادرا على أعمال القانون أعمالا فعليا ،
خاصة بعد التطور الحضارى الذى أدى الى تطور دور الدولة الحديثة ،
ومفهوم وظيفتها (٣) . والذى أخذت الدولة بمقتضاه على عاتقها عبء

(٣) ولقد كان لظهور فكرة الدولة اثره الكبير فى كتابات الفقهائ
والفلاسفة ، الذين خصوا فكرة الدولة بعناية كبيرة ، وجعلوا منها مجالا
خصبا لدراسات متعددة الجوانب ، وذلك وصولا الى تفسير واضح لهذه
الظاهرة الاجتماعية ولقد اختلف الفقهاء والفلاسفة فى أصل نشأة
الدولة ، وأساس السلطة فيها .

أنظر عرضا وافيا لأساس نشأة الدولة فؤاد العطار - المرجع السابق
ص ١٢٨ وما بعدها كامل ليلة - المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها .
عبد الحميد متولى القانون الدستورى والانظمة السياسية ج ١ ص ٣٨ وما
بعدها ثروت بدوى - النظم السياسية سنة ١٩٧٠ ص ٩٢ وما بعدها .
طهيمية الجرف - نظرية الدولة ١٩٧٨ ص ٤٩ وما بعدها . مصطفى
الصادق - مبادئ القانون الدستورى المصرى والمقارن سنة ١٩٢٣ ص
٢٨ وما بعدها . عثمان خليل وسليمان الطماوى موجز القانون الدستورى
١٩٥٢ ص ١٦ وما بعدها . وعثمان خليل القانون الدستورى سنة ١٩٥٥ =

تحقيق العدالة بين المواطنين ، وأعمال قواعد القانون فى الواقع
الفعلى . وأصبحت بذلك إقامة العدالة من الوظائف الرئيسة للدولة
انحديثة ، فمنعت الافراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم (٤) ، والغت
القضاء الخاص بكل مظاهره (٥) ، وأحلت محله قضاء آخر تتولاه
بنفسها عن طريق هيئات تقوم بانثائها . وهذا القضاء العام
Justice public ، والذي أصبح هو الاصل فى أى مجتمع متطور ،
وأصبح القضاء حكرا على الدولة ، ومظهر من مظاهر سيادتها (٦) .

وكان طبيعيا ، أن تيسر الدولة للافراد - وقد منعتهم من اقتضاء
حقوقهم بأنفسهم - وسيلة أخرى ، يلجأون اليها عند الاعتداء على

= ص ٥٨ وما بعدها . سليمان الطباوى السلطات الثلاث ١٩٦٧ من ٢٦١ .
ومن ناحية أخرى فان المنغبرات الاجتماعية ، وتطور المفاهيم السياسية
قد أدى بدوره الى تطور دور الدولة الحديثة ، والذي انتقل من الدولة
الحارسة التى يقف دورها عند حد المحافظة على أمن الدولة الخارجى وأمن
مواطنيها فى الداخل ، الى الدولة المتدخلة التى تتدخل فى الشؤون
الاجتماعية والاقتصادية ، وإن اختلف فى مدى هذا التدخل من دولة الى
أخرى بحسب المذهب الذى تعتقه .

انظر كامل ليلة - المرجع السابق ص ٢٦٩ وما بعدها . زكريا نصر
- تطور النظام الاقتصادى سنة ١٩٦٤ ص ٤٣ وما بعدها . جلال أمين :
مقدمة الى الاشتراكية سنة ١٩٦٦ ص ١٧ وما بعدها . أحمد جامع -
المذاهب الاشتراكية سنة ١٩٦٩ ص ٩ وما بعدها . ويحيى الجمل -
الاشتراكية العربية ١٩٦٨ . محمد حلمى مراد أصول الاقتصاد سنة ١٩٥٦
ص ٩٥ وما بعدها . سليمان الطماوى - السلطات الثلاث ص ١٣ وما
بعدها . وانظر مؤلفه الخاص بثورة ٢٣ يوليو بين ثورات العالم
سنة ١٩٦٥ .

Costa S. Manuale di dir. proc. civile, utet 1973 p. 4. (٤)

(٥) الا من بعض مظاهر قليلة ، مثل الحق فى الحبس ، والدفاع
الشعري ، والتحكيم التى اجازها القانون على استحياء .

Micheli Gan A. Corso di diritto processuale civile, 1959 (٦)

V.I. P. 3.

حقوقهم أو حتى عند التهديد به . ولذا قامت الدولة بإنشاء الجهاز القضائي ، وجعلت منه سلطة من سلطاتها (٧) ، ومنحته من الضمانات ما يكفل له القيام بوظيفته ، ومنحت الافراد - دون تمييز بينهم حق اللجوء الى القضاء طلبا لحماية ، وجعلت منه حقا عاما لا يقبل التنازل عنه ولا الانقضاء بعدم الاستعمال . ونصت دستوريا على أن حق النقاضي مصون ومكفول للناس كافة (م ٦٨ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١) .

٤ - قانون القضاء المدنى :

واذا كان حق التقاضى ، مصون ومكفول للناس كافة ، فمن الضرورى وضع قواعد منظمة لممارسته ، خشية اساءة استعماله اذ أن ممارسة الحق لا يجب ان يتم بطريقة عشوائية غير منظمة ، خاصة وأن القضاء ليس مسرحا يذهب اليه كل راغب فى مشاهدة عرض مسرحى ، ولا أكاديمية علمية يذهب اليها كل راغب علم ، كما أنه ليس دارا للافتاء يذهب اليها كل من كان فى حاجة مشورة . وإنما هو جهاز قانونى ، يؤدى دورا محددا فى حياة الشعوب ، يتمثل فى حماية النظام القانونى ، والعمل على استمراره عندما تكون هناك حاجة الى هذه الحماية (٨) ، فاذا لم توجد هذه الحاجة فلا يكون هناك معنى لتدخل القضاء .

ويتولى المشرع بنفسه وضع الضوابط لممارسة حىق التقاضى ، عن طريق مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للقضاء ووظيفته ، وهذه القواعد هى ما يطلق عليها فى مجموعها قانون المرافعات المدنية والتجارية Droit de procédure civile ، فما هو هذا القانون وما هى موضوعاته وما هى طبيعة قواعده ومصادرها ؟

(٧) انظر سليمان الطماوى ، السلطات الثلاث ص ١٣ .

Rocco Alfredo la sentenza civile Milano 1962 p. 22-23. (٨)

Zanzucchi Tullio. dir. Proc. civ. 1958 V.I. P. 10-14.

٥ - تعريف قانون القضاء المدنى رة.ميته :

يعرف قانون القضاء المدنى بأنه مجموعة القواعد القانونيــــة المنظمة للقضاء المدنى فى سكونه وحركته (٩) ، التى تحدد ولايته وحدود اختصاصه ، وتشكيلاته المختلفة ثم الوسيلة التى يمارس بها دوره القانونى ، واجراءات الحصول على حمايته (١٠) . فهو بعبارة وجيزة القواعد المتعلقة بتنظيم القضاء فى مسائل القانون الخاص كافة ، المدنية والتجارية وغيرها .

٦ - تسميته :

درج الفقه التقليدى (١١) على اطلاق اسم « قانون المرافعات المدنية والتجارية » على القواعد المنظمة للقضاء المدنى ، وهذا ما يجرى عليه العمل بين المشتغلين بالقانون ، وهى ايضا التسمية التشريعية لهذه القواعد .

(٩) انظر وجدى راغب - مذكرات فى مبادئ القضاء المدنى
٧٥ - ١٩٧٦ ص ٥ .

(١٠) انظر فى تعريف هذا القانون فتحى والى - الوسيط فى قانون
p. 13. Costa Manuale P. 3.
القضاء المدنى سنة ١٩٨٠ ص ٥ بند ٣ . ابراهيم نجيب سعد - القانون
القضائى الخاص ص ١١ بند ٣ عبد الباسط جيمى - مبادئ المرافعات
سنة ١٩٨٠ ص ٤ . رمزى سيف - الوسيط ٦٨ - ١٩٦٩ ص ٨ بند ٢ .
Solus H. et Perrot R., Droit judiciaire privé Tome I 1961 p. 13.
Costa Manuale P. 3.

(١١) انظر المؤلفات العامة فى فقه المرافعات وخاصة محمد حامد
فهى - المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٤٠ عبد النعم الشراوى شرح
المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٥٠ . أحمد ابو الوفا - المرافعات
المدنية والتجارية ط ١٢ . رمزى سيف - الوسيط فى شرح تسانون
المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٦٩ . أحمد مسلم ، اصول المرافعات
سنة ١٩٧٩ . عبد الفتاح السيد - الوجيز فى المرافعات المصرية بسنة
١٩٢٤ . عبد الباسط جيمى - مبادئ المرافعات سنة ١٩٨٠ . محمد
عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ١٩٧٩ أحمد السيد صاوى - الوجيز
فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٧٩ .

الا أن هذه التسمية قاصرة الدلالة على الموضوعات التى يتضمنها قانون القضاء المدنى . اذ أن لفظ « مرافعة » لغة انما يعنى الشكوى الى الحاكم أى القاضى ، وهى فى الاصطلاح ، الاقوال الصادرة عن الخصوم أو وكلائهم شفاهة أمام المحاكم (١٢) . ولا نظن ان قانون القضاء المدنى تقتصر قواعده على تنظيم المرافعة أو اجراءات تقديم الشكوى .

وازاء هذا النقد اقترح البعض (١٣) تسميته بقانون الاجراءات المدنية ، متأثرين بترجمة الاصطلاح الفرنسى Droit de procédure civile أو الايطالى Diritto processuale الا أن هذه التسمية بدورها لم تسلم من النقد ، فقد هاجمها الفقه الحديث (١٤) حيث : أنها قاصرة الدلالة على كافة الموضوعات التى يتناولها هذا القانون ، لأن الاجراءات لا تمثل سوى الاشكال الخارجية للخصومة ، فى الوقت الذى يتضمن قانون القضاء قواعد أخرى تنظم بصفة عامة النشاط القضائى من حيث تحديد وترتيب المحاكم وتشكيلها وولايتها وما تختص

(١٢) انظر احمد مسلم - أصول ص ٩ - ١٠ بند ٥ ، ٦ . وجدى راغب - مذكرات - ص ٧ بند ٣ . ابراهيم سعد - ص ٩ ، ١٠ . (١٣) عبد الباسط جيمى قانون الاجراءات المدنية سنة ١٩٦٦

وانظر فى الفقه الاجنبى Morel René, Traité élément. de proc. civile, 1949. Vincent J., Proc. civile, 1978. Couchez G., Proc. civile 1978 Joly A cours élément. de droit Proc. civile 1969 Japot Rene, Traité élément de proc. civile 1935. Lacoste M. L. précis élément. de proc. civile 1939 Brulliard G., proc civ., 1944.

Chiovenda G., ist di dir. proc. civ. 1960. Rocco Ugo, Trattato di dir. proc. civ. 1959. Costa S., Manuale di dir. proc. civ. 1973. Satto S., Dir. proc. civ. 1959. Micheli Corso di dir. proc. civ. 1960.

(١٤) انظر موزيل - المرجع السابق بند ٤ . فنسان - السابق بند ٥ سوليس وبيررو - المرجع السابق ص ١٣ Vizioz H., Observations, sur l'Etude de procedure civile 1956 P. 13. وانظر فتحي والى - الوسيط - ص ٦ وجدى راغب ص ٧ . ابراهيم نجيب ص ٨ ، ٩ . أحمد مسلم - ص ٩ .

به (١٥) ، فضلا عن أن قانون القضاء لا يستأثر بالقواعد الاجرائية ، اذ قد توجد فى قوانين أخرى مثل اجراءات ابرام العقود والوصية والزواج وتكوين الشركات .

وازاء هذا النقد اقترح البعض تسمية هذا القانون بالقانون القضائى Droit judiciaire (١٦) ، بينما اقترح البعض الاخر تسميته « بالقانون القضائى الخاص » Droit judiciaire privé

٤٣

الا ان هذه التسميات (١٧) لم تسلم من النقد هي الاخرى اذا ان التسمية الاولى تختلط بتلك القواعد التى ينشئها القضاء . فالقانون يوصف بأنه قضائى لانه من صنع القضاء ومن خلقه ، فيقال ان القانون الادارى قانون قضائى (١٨) . أما التسمية الثانية فانها تختلط بنظام القضاء الخاص الذى عرف فى المجتمعات القديمة ، وهجرته مجتمعات اليوم .

(١٥) الامر الذى أدى بجانب من الفقه الى اطلاق تسمية مطولة لهذا القانون حتى تتسع للدلالة على كافة موضوعاته ، وهى « قانون التنظيم القضائى والاختصاص والاجراءات المدنية » انظر

Glasson E. et Tissier A., Traité Théorique et pratique d'organisation judiciaire, de Compétence et de procedure civile, 1926 Bonfils H., Traité Élémentaire d'Org. Judic. de Comp. et de proc. en matière civile et commerciale, 1885.

(١٦) وهذا ما اقترحه الاستاذ موريل رينيه فى مؤلفه المشار اليه بند ٤ ص ٣ وانظر فى نقد هذه التسمية فتحى والى - الوسيط ص ٧ . (١٧) وهذا ما اقترحه الاستاذان سوليس وبيرى فى مؤلفهما المشترك « القانون القضائى الخاص » ص ٣ ويده فى الفقه المصرى الدكتور ابراهيم نجيب فى مؤلفه القانون التنائى الخاص - ص ١٠ . (١٨) فتحى والى - الاشارة السابقة - سليمان الطباوى الوجيز فى القضاء الادارى ١٩٧٢ ص ٥ بند ١ .

لكل ما تقدم فاننا نفضل تسميته « قانون القضاء المدنى » (١٩) للدلالة على القواعد التى تنظم هذا القضاء ، نظرا لانضباطه ودلالته على حقيقة المقصود ، وشموله لكافة موضوعات هذا القانون .

٧ - موضوعات قانون القضاء المدنى :

يشمل القانون عادة على عدة طوائف من القواعد القانونية :

(١) قواعد النظام القضائى : Régies d'Organisation judiciaire

وهى عبارة عن القواعد التى تتناول بالتنظيم الجهاز القضائى العام فى الدولة ، وهى تتضمن القواعد المتعلقة بترتيب هذا القضاء ومحاكمه وتشكيلاته وتشكيلها ، كما تتضمن القواعد المتعلقة بقضاته ، واعوانهم ، والتى تحدد شرائط تعيينهم وقواعد ترقيةهم ونقلهم ، وتحدد حقوقهم وواجباتهم .

(ب) قواعد الاختصاص القضائى : Régies de Compétence

وهى تلك التى تتولى توزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه المختلفة ، محددة بذلك ما يدخل فى اختصاص كل منها نوعيا او قيميا ومحليا .

(ج) اجراءات الحصول على حماية القضاء : Procedures

وهى تلك التى تحدد كيفية مباشرة القضاء لوظيفته ، وما يجب اتخاذه من اجراءات فى هذا الشأن سواء من قبل الخصوم من قبل القضاة او اعوانهم .

(١٩) فتحى والى - الاشارة السابقة - الوسيط فى قانون القضاء المدنى سنة ١٩٨٠ ص ٧ . وجدى راغب - مجايد القضاء المدنى - ط ١ ١٩٨٧/٨٦ دار الفكر العربى ، ص ٨ .

Régies d'exécution forcée

(د) قواعد التنفيذ الجبرى :

وهى القواعد المتعلقة بالاعمال الفعلى لقواعد القانون . والتي تحدد السندات التى يجرى التنفيذ بمقتضاها ، والحق المراد التنفيذ اقتضاء له ، والأموال الجائز التنفيذ عليها ، وما يجب اتباعه من اجراءات للحصول على هذه الحماية التنفيذية . ونظرا لاهمية هذه القواعد وخطورتها فى الحياة القانونية ، فانها تنفرد بمؤلفات خاصة مستقلة عن مؤلفات المرافعات ، والتى تمثل مقرا دراسيا مستقلا من مقررات الدراسة فى السنة الرابعة فى كليات الحقوق المصرية .

٨ - طبيعة قواعد قانون القضاء المدنى (٢٠) :

يلتزم الجدل الفقهى حول تحديد طبيعة قواعد قانون القضاء المدنى ، وهل تعتبر من قبيل قواعد القانون الخاص أم من قبيل قواعد القانون العام .

فاتجه الفقه التقليدى (٢١) الى اعتبار قانون القضاء المدنى فرعاً من فروع القانون الخاص ، حيث أنه ينظم وسائل حماية الحقوق الفردية ، وقد ساعد على ذلك تسمية هذا القانون بأنه الاجراءات المدنية والتجارية أى اجراءات تتبع فى القانونين المدنى والتجارى ، اذن ليست قانوناً بذاته ، وقد أدى هذا الاتجاه الى اعتبار الخصومة القضائية حقاً خاصاً للخصوم ، يسبرونها وفق مشيئتهم ، اذ انها فى نظره مجرد مباراة بين اطرافها ، يلعب فيها القاضى دور الحكم الذى يراقب الخصوم ، وما يتخذونه فيها من اجراءات ، ثم يعلن نتيجة المباراة فى

(٢٠) انظر دراسة فى ذلك مؤلف الفتية الايطالى اوجسوروكو -
المطول ج ١ ص ١٧٢ وما بعدها .
(٢١) انظر جارسونيه وسيزار برو ج ٢ ص ٧٩ .

النهاية دون ان يكون له دخل فى تسييرها ، وبعبارة اخرى يقتصر دور القاضى على هذا الدور السلبي (٢٢) .

ولكن هذا الاتجاه يتجاهل حقيقة مؤكدة ، هى ان قانون القضاء المدنى بقواعده لا يقف عند حد تنظيم وسائل حماية الحقوق الفردية ، وانما يتسع لتلك القواعد التى تنظم القضاء ، وهو سلطة من سلطات الدولة ، ومرفق من مرافقها ، ولذلك لا يجوز ادخال هذا الفرع من القانون باطمئنان ، ضمن فروع القانون الخاص . وهو ما ادى بالكثير من الفقهاء (٢٣) الى القول بان قانون القضاء المدنى من طبيعته مختلطة ، فهو من القانون العام بالنسبة لتلك القواعد المنظمة للنظام القضائى ، ومن القانون الخاص بالنسبة للقواعد المحددة لاجراءات حماية الحقوق الفردية .

ولما كان هذا الاتجاه الاخير ، يقضى على وحدة قانون القضاء المدنى ، فقد ذهب البعض (٢٤) الى اعتبار هذا القانون فرعاً من فروع القانون العام ، على اعتبار أنه ينظم سلطة من سلطات الدولة ومرفقاً من مرافقها العامة ، حتى ولو كان ينظم سبل حماية الحقوق الخاصة .

(٢٢) انظر فتحي والى - قانون القضاء المدنى ص ١٣ - والوسيط فى قانون القضاء المدنى سنة ١٩٨٠ ص ٧ . وجدى راغب - مذكرات فى قانون القضاء المدنى - المشار اليه ص ١٠ .
(٢٣) أحمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ بند ١٠ . محمّد وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات ج ١ سنة ١٩٥٧ بند ٨ . رمزي سيف - الوسيط ص ١٠ بند ٤ . فنسان - المرجع السابق بند ٥ ص ٨ .
(٢٤) موريل - المرجع السابق ص ٦ بند ٩ . كيوفندا - نظم - ج ١ ص ٦٣ . بند ٢٤.

Costa sergio, Manuale, op. cit. p. 4 No 2 Lugo Andrea Manuale di diritto porocessuale civile, p. 29 No 14.

أوجوروكو - ص ١٧٨ ، ١٩٠ .
وانظر فى الفتاى المصرى فتحي والى - الوسيط ص ٨ ، ٩ . ابراهيم نجيب المرجع السابق ص ١٦ . وقارن أحمد مسلم - أصول ص ١٩ ، وعبد المنعم الشرقاوى - شرح ص ٤ بند ٤ .

ولكن هناك من يرى (٢٥) ان قانون القضاء المدنى ليس فرعاً من فروع القانون العام كما أنه ليس فرعاً من فروع القانون الخاص ، وانما يعد قانوناً اجرائياً ، اذ أن القانون فى نظر أصحاب هذا الرأى قبل ان ينقسم الى قانون عام وقانون خاص ، ينقسم الى قانون موضوعى وقانون اجرائى ، والأول يعالج الروابط الاجتماعية تنظيمياً أولياً ومباشراً ، العام منها والخاص ، فى حين أن الثانى لا يعالج هذه الروابط ، وانما هو مجرد قانون خادم أو ثانوى يستهدف نفاذ القانون الموضوعى .

ونرى ما رآه الفقه الحديث من اعتبار قانون القضاء المدنى فرعاً من فروع القانون العام ، وهو يعد كذلك بالنسبة لكل قواعده ، سواء ما تعلق منها بالتنظيم القضائى أو ما تعلق بالاجراءات ، وذلك لأن القضاء سلطة من سلطات الدولة الثلاث ، ومرفق من مرافقها ، ومظهر من مظاهر سيادتها ، وتقوم الدولة عن طريق القضاء بتولى وظيفة القضاء ، اقامة للعدل بين مواطنيها ، ومن المنطقى أن يكون القانون المنظم لهذه السلطة وتلك الوظيفة من القانون العام ، فكما أن القانون المنظم للسلطة التشريعية ، وذلك المنظم للسلطة التنفيذية ومرافقها من القانون العام ، فيكون القانون المنظم للقضاء من هذا القبيل ، حتى ولو كان يتضمن الاجراءات التى بها يمكن حماية الحقوق الفردية ، لأن هذه الاجراءات ما هى الا وسيلة تنظيمية لاداء وظيفة القضاء (٢٦) ، وقيامه بدوره القانونى .

وتأييداً لهذا الاتجاه ، فقد اخذت التشريعات الحديثة ومنها التشريع المصرى بنظرة جديدة الى دور كل من القاضى والخصوم فى الخصومة المدنية ، فلم تعد تصور القاضى فى دوره السلبى الذى

(٢٥) وجدى راغب - مبادئ ص ١٠ ، ١١ . قارن أحمد مسلم - اصول بند ١٨ ص ١٩ - ٢٠ أحمد السيد صاوى ص ١٣ بند ٧ .
(٢٦) انظر فتحى والى - الوسيط ص ٨ . وراجع نقض مدنى ١٩٧٠/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٨٤٣ .

يقتصر على مجرد مراقبة الخصوم وعلان نتيجة المباراة فى النهاية ، دون أن يكون له دخل فى تسييرها . كما أنه لم يعد ينظر الى الخصومة وكأنها ملكا للخصوم يسيرونها وفق رضاهم ، فاعترفت التشريعات الحديثة للقاضى بدور أكثر ايجابية فى تسيير الخصومة وتوجيهها ، ووضع الخصوم فى حالة من الخضوع لسلطة القاضى .

٩ - هل قواعد قانون القضاء المدنى تعد قواعد عامة للقضاء ؟

يوجد بجانب قانون القضاء المدنى ، مجموعة أخرى من القوانين المنظمة للقضاء فى غير المسائل المدنية والتجارية ، ومنها قانون مجلس الدولة ، وقانون الاجراءات الجنائية ، وقانون المحكمة الدستورية العليا وغيرها . فما هو موقع قانون القضاء المدنى من هذه القوانين الاخرى ؟ .

تنص المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على أنه « . وتسرى أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد منه نص .. » . كما تحيل بعض نصوص قانون الاجراءات الجنائية على نصوص قانون المرافعات ، ومن أمثلتها المادة ٢٣٤ فى شأن اعلان أوراق التكليف بالخصومة ، والمادة ٢٤٨ فى شأن حالات الرد ، والمادة ٢٥٠ فى شأن نظر طلب الرد والحكم فيه ، والمادة ٤٦١ فى شأن تنفيذ الاحكام الصادرة فى الدعاوى المدنية . وتنص المادتان ٥٠ ، ٥١ من قانون المحكمة الدستورية العليا على سريان القواعد المقررة فى قانون المرافعات على الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة المنازعات المتعلقة بتنفيذها فيما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة . وتنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ فى شأن محاكم أمن الدولة باتتباع الاجراءات والاحكام المقررة بـ وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، فيما عدا ما نص عليه فى هذا القانون ، وكذلك المادة ٣٨ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ فى شأن حماية القيم من العيب .

لكل ما تقدم ، يذهب الرأى السائد فى الفقه (٢٧) الى القول بأن قواعد واحكام قانون القضاء المدنى (والمرافعات) تمثل الشريعة العامة *Droit. Commun* بالنسبة لقوانينية القضاء الاخرى ، مما يعنى تطبيق أحكامه وقواعده فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين المتعلقة بأنواع القضاء الاخرى .

غير أن بعض الفقهاء (٢٨) قد عارض هذه الفكرة ، مؤكدا استقلال كل قضاء عن غيره ، وتميزه عن الآخر ، مما يؤدى استقلال كل قانون بقواعده وأحكامه عن الآخر . وعلى ذلك فعلى القاضى الجنائى أو القاضى الادارى فى حالة عدم وجود نصوص فى قانونه تحكم مسألة من المسائل ، أن يطبق نصوص قانون القضاء المدنى ، بل عليه أن يبحث أولا عن القاعدة التى تناسب وظيفته - كقاضى جنائى أو ادارى - هو ، وما ينسق مع أدائه لهذه الوظيفة ، مستهديا بقواعد المرافعات باعتبارها مصدرا للايحاء والاستنتاج (٢٩) .

وواقع الامر ، أن قانون القضاء المدنى يتضمن قواعد ومبادئ عامة *Principes généraux* (٣٠) ، تطبق على كل أنواع القضاء ، مثل المتعلقة بضمانات التقاضى ، من تواجيهية الاجراءات ، وكفالة حقوق الدفاع وغيرها ، مما يؤدى بنا الى القول بأن قانون المرافعات يعسد بمثابة القواعد العامة بالنسبة لأنواع القضاء المختلفة .

(٢٧) أحمد ايو الوفا - المرافعات بند ٥ . رمزى سيف بنسد ١٤ ص ٢٤ - ٢٥ . أحمد مسلم بند ١٢ ص ١٥ . وجدى راغب - مذكرات ص ١٣ . أحمد السيد صاوى بند ٥ ص ٩ - ١١ . وقرن ابراهيم سعد ص ٨ - ١٩ . تارن رءوف عبيد - مبادئ الاجراءات الجنائية ص ١٢ وما بعدها .

(٢٨) فتحى والى - الوسيط ، بند ٧
Vincent J. et Guinchard S. Procedure civile, 20 éd Dallog, 1981, No 4
P. 9 - 10.

(٢٩) فتحى والى - الوسيط ، ص ٧٥ .
(٣٠) فنسلان وجونشار ، ص ٩ .

١٠ - خصائص قواعد قانون القضاء المدني :

كثيرا ما يتردد في كتب الفقه ، أن قانون القضاء المدني يتميز بأنه قانون جزائي Droit-Sanction حيث ينظم الجزاء على الاخلال بقواعد القانون المقرر للحقوق . كما وأنه قانون شكلي Droit formaliste وان قواعده تتصف بالصفة الآمرة caractère impératif وعلينا أن نبين حقيقة هذه الخصائص :

(١) قانون القضاء المدني قانون جزائي :

يعتبر البعض (٣١) قانون القضاء المدني من القوانين الجزائية ، لأنه يتضمن جزاء الاخلال بقواعد القوانين المقررة للحقوق . الا أن هذا القول لا يطابق الحقيقة والواقع ، إذ أن قانون القضاء المدني في حقيقته لا يتضمن جزاء الاخلال بالقواعد الموضوعية المقررة للحقوق ، حتى يمكن وصفه بأنه قانون جزائي . فالجزاء يشكل عنصرا من عناصر القاعدة القانونية في عمومها ، حيث أن القاعدة القانونية قاعدة عامة وملزمة . وليس عنصرا ، في قواعد قانون القضاء وحدها . فقواعد هذا القانون انما تنظم نشاط القضاء المدني في اعمال الجزاء المقرر في القاعدة الموضوعية اعمالا فعليا . وحتى لو كانت قواعد قانون القضاء المدني تتضمن جزاءات معينة ، فان ذلك غير كاف لادخاله في عداد القوانين الجزائية . إذ أن هذه الجزاءات انما ينص عليها المشرع كغرامة اداء وظيفة القضاء . ومن ناحية أخرى فان قواعد هذا القانون لا تقتزن دائما بفكرة الجزاء مثل تلك القواعد المنظمة للوظيفة الولائية ، كما أن من القواعد الموضوعية ما تعتبر قواعد منفذة للحقوق جبرا مثل حق الحبس المقرر في القانون المدني (٣٢) .

(٣١) رمزي سيف - ص ١١ بند ٤ . سـوليس وبـيرو - ج ١ ص ٢١ أبو هـيف - المخالفات المدنية والتجارية سنة ١٩٢١ ص ٢٧ ، بند ٢ - أحمد السيد صاوي - المرجع السابق ص ١٣ بند ٨ - مصطفى كامل كـيره - قانون المرافعات الليبي - ص ١٣ .
(٣٢) انظر وجدى راغب . النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات - رسالة طبعة سنة ١٩٧٤ ص ١٤٤ وإبراهيم نجيب - ص ٢٠

(د) شكلية قواعد قانون القضاء : Caractère formaliste

يذهب الرأى السائد فى الفقه الى أن قواعد قانون القضاء انما هى قواعد شكلية . وهذا القول فى ذاته صحيح اذ قصد به الدلالة على قواعد القانون الذى ينظم شكل الحماية القضائية ، وما يجب اتباعه فى سبيل الحصول عليها . لأن الشكلية - سواء تمثلت فى ضرورة كتابة الاجراءات ، أو تمثلت فى ضرورة اتخاذ الاجراءات فى مواعيد محددة ، أو بترتيب معين أو حتى فى أماكن محددة - ضرورة لا غنى عنها لحماية حقوق الافراد والمحافظة عليها ، بعيدا عن تحكم القضاة وعيبت الخصوم . اذ لا يجب ترك الامر هكذا لمطلق تقدير القضاة أو الخصوم (٣٣) .

ولكن هذا القول لا يكون صحيحا من ناحية اخرى ، اذا ما قصد به اعتبار قواعد قانون القضاء المدنى قواعد شكلية تقتصر على تنظيم شكل الاجراءات . اذ أن قواعد هذا القانون تنظم أيضا العناصر الموضوعية للاجراءات مثل ضرورة اتخاذها من قبل شخص معين ذو اهلية معينة ، وما يشترط لقبول الدعوى أو الطلب أو الدفع وغير ذلك من القواعد (٣٤) . كما أن قانون القضاء المدنى لا يستأثر بتنظيم

(٣٣) انظر : اوجيروكو - ص ١٨١ وما بعدها . انظر سوليس وبيرو ج ١ بند ١٨ ، ١٩ ص ٢٢ - ٢٣ . فنسان بند ٧ ص ١٥ . وفى ذلك يقول الفقيه اهونج : ان الشكل عدو التحكم ، لان الشكل تروم الحرية

Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la soeur jumelle de la liberté

مشار اليه فى سوليس وبيرو ص ٢٣

ويتولى فنسان

le formalisme, entendu comme une protection contre l'arbitraire du juge, Comme une garantie de la liberté de la défense au sens large ne saurait disparaître P. 15. No. 7.

(٣٤) انظر وجدى راغب العمل القضائى ص ١٤٣ . فيروز - ملاحظات ص ١٠ - ١١ . روكو ج ١ ص ١٨٥ . ابراهيم سعد ص ٢١ - ٢٢ كورنوفوييه ص ٦ .

شكلية الاعمال القانونية ، فقد تضطلع بذلك بعض قواعد القوانين الموضوعية ، كتلك الموجودة فى القانون المدنى والتى تحدد الشكل الواجب لبعض التصرفات ، مثل الرسمية فى الهبة العقارية والتسليم فى الهبة المنقولة والكتابة فى عقود الشركات .

وإذا كانت القواعد الشكلية تكثر فى قانون القضاء المدنى ، وتكتسب أهمية معينة ، فلأنها تنظم وسائل حماية الحقوق الخاصة ، وأشكال هذه الحماية ، الأمر الذى يبيث الطمأنينة فى قلوب المتقاضين ويوفر ثقتهم فى أحكام القضاء ، وضمان عدالتها .

(ج) الصفة الأمرة لقواعد قانون القضاء المدنى :

يذهب البعض (٣٥) إلى القول بأن قواعد قانون القضاء هى قواعد أمرة ، لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها أو الاتفاق على عكس ما تقضى به ، إذ أن هذه القواعد تتعلق فى - نظرهم - بنشاط القضاء المدنى ، والذى يعد سلطة من سلطات الدولة الأمر الذى يجعل تلك القواعد تتعلق بالنظام العام .

ألا أن هذا التعميم والاطلاق فى وصف قواعد قانون القضاء المدنى بالصفة الأمرة ، تعوزه الدقة ، إذ ليست كل قواعد هذا القانون تتعلق بالنظام العام . حيث أن من قواعد قانون القضاء المدنى ما يتعلق بالمصلحة الخاصة ، مثل بعض قواعد الاختصاص المحلى ، وقواعد الاعلان ، مما لا يجعلها قواعد أمرة (٣٦) .

١١ - مصادر قواعد قانون القضاء المدنى :

إذا كانت قواعد قانون القضاء المدنى ، قواعد قانونية ، فإن ذلك لا يعنى تعدد مصادرها الرسمية مثل القواعد القانونية الأخرى

(٣٥) أنظر قنسان - من ١٣ - ١٥ بند ٧ . موريك ص ٤ . سوليس وبيرو ج ١ ص ٢١ . وقارن أحمد الصاوى ص ١٦ .
(٣٦) أنظر إبراهيم نجيب . ص ٢٣ - ٢٥ .

من تشريع وعرف وغير ذلك من المصادر . اذ تجد قواعد قانون القضاء المدني مصدرها الوحيد فى التشريع ، فلا تأتى هذه القواعد من مصادر أخرى (٣٧) . والتشريع الاسامى لهذه القواعد هو مجموعة المرافعات المدنية والتجارية وتكملها تشريعات ونصوص أخرى .

أولا : مجموعة المرافعات المدنية والتجارية :

وهى المجموعة الحالية والتى صدرت بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والصادرة فى ٧ مايو سنة ١٩٦٨ . مكونة من ٥١٣ مادة موزعة على احكام عامة ، وثلاثة كتب ، الاول خاص بالتداعى أمام المحاكم وهو مقسم الى اثنى عشر بابا ، والثانى خاص بالتنفيذ وهو مقسم الى أربعة أبواب ، أما الكتاب الثالث فيتعلق باجراءات وخصومات متنوعة ، وينقسم الى ثلاثة أبواب .

وقد حلت هذه المجموعة محل المجموعة الصادرة بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، والتى ألغيت بعد صدور المجموعة الجديدة ، فيما عدا الفصل الثانى من الباب الثانى عشر من الكتاب الاول الخاص بالمعارضة ، والمواد من ٨٦٨ الى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية (المادة الاولى من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار مجموعة المرافعات الحالية) .

هذا وقد لحق مجموعة المرافعات الجديدة عدة تعديلات بمقتضى القوانين ٢٥ لسنة ١٩٧١ (٣٨) ، والقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ (٣٩) ،

(٣٧) انظر فتحى والى ص ٩ بند ٥ . والفقيه الايطالى ميكىلى -

لروس .

Micheli. Corso di diritto processuale civile, 1959. V. I. p. 98 No 27.

(٣٨) الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٧١ والمنشور فى الجريدة الرسمية

فى ٢٠/٥/١٩٧١ العدد (٢٠) .

(٣٩) الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٧٣ والمنشور فى الجريدة

الرسمية فى ١٩٧٣/٤/٥ العدد ١٤ . والذى استبدلت نصوصه

بنصوص المواد ١٤٠ ، ١٧٨ ، ٢٥٥ ، ٢٦٣ من مجموعة المرافعات .

والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ (٤٠) والقانونين رقمي ٧٥٠ ، ٩٥ لسنة ١٩٧٦ ، والقانون رقم ١٩٧٧/٦٥ ، والقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ (٤١) .

فضلا عن أن هناك مشروع لتعديل قانون المرافعات ، يتضمن تعديلا جوهريا في بعض موضوعاته مثل قواعد التحكيم واجراءاته ، والرد والاعلان ، وغير ذلك .

ثانيا : النصوص والتشريعات المكملة :

وهي نصوص تشريعية لم ترد في مجموعة المرافعات الحالية ، وكذلك تشريعات مختلفة تصدر لاعتبارات معينة على استقلال ، وفيما يلي أهمها :

(١) بعض النصوص التشريعية :

١ - بعض نصوص مجموعة المرافعات الملغية :

لم يشأ المشرع أن يلغى كل نصوص المجموعة القديمة لياتي بنصوص جديدة في المجموعة الحالية وذلك لاعتبارات معينة . ولهذا فانه ابقى نصوص الفصل الثاني من الكتاب الثاني عشر الخاص بالمعارضة (٤٢) وهي المواد من ٣٨٥ - ٣٩٣ ، وكذلك المواد من

(٤٠) الصادر في ٢٥ يوليو سنة ١٩٧٤ والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد ٣٠ مكرر (١) بتاريخ ١٩٧٤/٧/٢٩ .
(٤١) الاول صادر في ١٤ أغسطس ١٩٧٦ ومنشور في العدد ٣٥ من الجريدة الرسمية في ١٩٧٦/٨/٢٦ ، ابا الثاني فصادر بذات التاريخ والمنشور في العدد ٣٥ مكرر من الجريدة الرسمية في ١٩٧٦/٨/٢٨ . والثالث منشور في الجريدة الرسمية ع ٤٨ في ١٩٧٧/١٢/١ والرابع منشور في الجريدة الرسمية في العدد ١٧ في ١٩٨٠/٤/٢٤ .

(٤٢) والتي يطعن بها في الاحكام الغيابية الصادرة في مسائل الاحوال الشخصية وحدها .

٨٦٨ الى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية (٤٣) .

٢ - بعض النصوص الواردة فى تشريعات مختلفة :

وهى عبارة عن نصوص متفرقة ترد فى تشريعات مختلفة مثل المواد من ٩٥٨ - ٩٦٧ من القانون المدنى الخاص بدعاوى الحياة . وبعض نصوص القانون التجارى .

(ب) التشريعات المكتملة لمجموعة المرافعات :

وهى تشريعات مستقلة عن مجموعة المرافعات ، ولكنها تكملها واليك اهمها :

١ - قانون السلطة القضائية :

وهو القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ (٤٤) وهو الذى يتناول ترتيب المحاكم وتشكيلها ، وتشكيلات القضاء المختلفة ، ويحدد ولاية جهة القضاء المدنى ، ويتضمن كافة القواعد المنظمة للقضاة ورجال النيابة العامة ، من حيث شرائط تعيينهم وحقوقهم وواجباتهم وكل ما يتعلق بتأديبهم ومحاكمتهم وكافة شئونهم . وقد عدلت أحكام هذا القانون عدة مرات بمقتضى تشريعات مختلفة (٤٥) . وكذلك

(٤٣) وذلك الى ما بعد الانتهاء من القانون المنظم للاحكام الموضوعية لهذه المسائل للارتباط الوثيق بين الاجراءات وبين الاحكام الموضوعية (تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الامة عن مشروع قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) .

(٤٤) الصادر فى أول اكتوبر سنة ١٩٧٢ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد ٤٠ فى ١٩٧٢/١٠/٥ .

(٤٥) مثل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٣ الصادر فى ١٩٧٣/٧/٨ والمنشور فى العدد ٢٨ بتاريخ ١٩٧٣/٧/١٢ وكذلك القانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٦ الصادر فى ١٩٧٦/١/٧ العدد ٢ تابع من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٦/١/٨ والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ ، ورقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ ثم القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٠ والصادر فى ١٩٨٠/٧/٣٠ المنشور فى العدد ٢٨ مكرر (١) فى ١٩٨٠/٧/١٣ . والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ .

٢ - قانون مجلس الدولة :

وهو القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته المختلفة وهو الذى ينظم مجلس الدولة باقسامه الثلاثة القسم القضائى ، وقسم الفتوى وقسم التشريع .

٣ - قانون الاثبات :

تحتل قواعد الاثبات المدنية أهمية خاصة ، لأن الحق يتجرد من قيمته اذا لم يعم الدليل عليه ، فالحق مجردا من دليبه يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء - ولذلك كان طبيعيا أن تلقى قواعد الاثبات الموضوعى منها والاجرائى عناية خاصة . وقد اختلفت التشريعات فى اختيار المكان المناسب لقواعد الاثبات فى التقنينات . فذهبت بعض التشريعات الى إلحاقها بقانون المرافعات ، وهذا ما قوبل بنقد شديد من الفقه ، فاتجهت بعض التشريعات الأخرى بتوزيع قواعد الاثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات . وكان هذا الاتجاه محل نقد نظرا لصعوبة التفرقة بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية للاثبات . وهذا ما حدا بالمرشح الجديد الى وضع تشريع موحد يضم القواعد الموضوعية ، والاجرائية للاثبات ، وهو قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (٤٦) .

٤ - قانون المحاماة :

وهو القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المنشور بالعدد رقم ١٣ من الجريدة الرسمية فى ١٩٨٣/٣/٣١ والذى حل محل القانون رقم ٦١

(٤٦) الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٨ والمنشور فى الجريدة الرسمية بنفس التاريخ فى العدد ٢٢ ، وذلك بعد أن ألغى الباب السادس من الكتاب الاول من القسم الاول من القانون المدنى ، والباب السابع من الكتاب الاول من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ . وهو الباب الذى ابقى القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى مادته الاولى ، والذى ألغاه القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بعد حوالى عشرين يوما فقط . (انظر المادة الاولى من القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات والمادة الاولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون الاثبات) .

لسنة ١٩٦٨ ، والمعدل بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ . وهو الذى ينظم مهنة المحاماة ، شروط مباشرتها وغيرها من الاحكام الخاصة بحقوق المحامين وواجباتهم و ضماناتهم والنقابة التى تضمهم وفروعها .

٥ - بعض القوانين الاخرى :

مثل قانون الرسوم القضائية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ ، وقانون الخبرة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٥٥ والذى ينظم الخبرة امام المحاكم . وقانون الحجز الادارى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ وتعديلاته المختلفة ، وهذا القانون ينظم اجراءات توقيع الحجز الادارية . ثم قانون المحكمة الدستورية العليا الجديد رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ (٤٧) ، وقانون هيئة قضايا الدولة رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ وهو القانون الذى ينظم هيئة الدفاع عن الدولة باجهزتها المختلفة امام المحاكم . وقانون النيابة الادارية والمحاكمات التأديبية رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ والقانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين .. والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بحماية القيم من العيب ، والقانون ١٠٥ بإنشاء محاكم أمن الدولة .

٦ - النطاق الزمنى لقوانين القضاء المدنى :

أولاً - وضع الموضوع فى علم القانون :

إذا كان لكل شئ فى الدنيا حياة معينة ، وان لكل شئ نهاية محتومة ، فان القانون هو الآخر له حياة يعيشها ، تبدأ بميلاده أى باصداره ، وتنتهى بانقضاءه أى بالغائه . والفترة من البدء الى الانقضاء أى من النفاذ الى الالغاء هى التى تمثل حياة القانون ، أى نطاقه الزمنى ، ومن ثم فيطبق على كل ما يقع من أحداث خلال هذه الفترة ،

(٤٧) والصادر فى ١٩٧٩/٨/٢٩ والمنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد ٣٦ بتاريخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩ .

فلا يسرى على تلك التى وقعت قبل بدئها ، كما لا يسرى على تلك التى تقع بعد انقضاءها . وقد ظهر لذلك المبدأ الشهير المعروف بمبدأ عدم رجعية القوانين على الماضى "Principe de la non - rétroactivité" والذى تقتضيه الحياة الاجتماعية والتسيير المنظم لحياة المجتمع ، ومؤدى هذا المبدأ ان القانون لا يسرى على ما تم قبل صدوره من وقائع الا اذا نص المشرع على ذلك صراحة (٤٨) .

الا ان الامر لا يسير دوما هكذا بهذه البساطة ، اذ ان القول بان القانون لا يسرى على ما وقع قبل نفاذه (عدم سريانه على الماضى) ليس قولاً مطلقاً ، اذ ان هناك حالات يسرى فيها القانون على الماضى . اما القول بان القانون لا يسرى على ما يقع من وقائع بعد الغائه ، فقول هو الاخر يحتاج الى ايضاح وتحديد ، لان هناك وقائع تحدث فى ظل قانون معين وترتب آثارها فى ظل قانون آخر ، وفى هذه الحالات يثور التساؤل عما اذا كان القانون القديم هو الذى يحكم تلك الآثار (أى سريانه بعد الغائه) ، أم أن القانون الجديد هو الذى يسرى عليها ، وبذلك يكون قد سرى على الماضى (٤٩) . وفى سبيل حل هذه المشكلات أى تحديد ما تم قبل صدوره أو بعده ، فقد اختلف الفقه فى ذلك ، وظهرت نظريتان فى هذا الخصوص ، نعرض لهما فى ايجاز شديد :

النظرية الاولى وهى النظرية التقليدية :

ولقد قامت هذه النظرية على التفرقة بين الحقوق المكتسبة *Droits acquis* وبين مجرد الاموال *Simplex expectatives* وانتهى اصحاب هذه النظرية الى القول بان القانون الجديد لا يسرى على الحقوق المكتسبة فى ظل قانون قديم ، بينما يسرى على مجرد

(٤٨) انظر المادة ٦٦ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ وكذلك المادة ١٨٧ من نفس الدستور .

(٤٩) انظر احمد سلامة محمد - المدخل لدراسة القانون - الكتاب الاول سنة ١٩٧٥ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ ومنصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - الجزء الاول سنة ١٩٦٠ ص ١٩٩ وما بعدها .

الآمال . وفى الحالة الأخيرة لا يكون القانون الجديد قد سرى على الماضى . ورغم اتفاق أنصار هذا الرأى على ذلك ، الا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول ايجاد الضوابط المختلفة للتمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الامل (٥٠) .

النظرية الثانية وهى النظرية الحديثة :

كانت النظرية التقليدية هدفا للنقد من جانب أنصار الاتجاه الحديث ، من حيث قيامها على أساس غامض ، وخطبها بين الآثار الرجعى للقانون واثره الفورى ولذلك تحولوا عنها ، وأقاموا نظرية جديدة تقوم على دعامتين هما عدم رجعية القانون ، وسريانه بأثر فورى على كل وقائع المستقبل . وقد قام بصياغة هذه النظرية الفقيه الفرنسى روبييه فى مؤلفه المشهور « تنازع القوانين فى الزمان » (٥١) .

- عدم رجعية القانون الجديد :

تقوم النظرية الحديثة على أساس عدم سريان القانون الجديد على المراكز القانونية التى نشأت أو انقضت قبل نفاذه ، فتظل - بحكومة بالقانون القديم التى نشأت أو انقضت فى ظله ، كما ان القانون الجديد لا يسرى على الآثار التى ترتبت بالفعل على المراكز القانونية القائمة فى ظل القانون القديم ، وقد أوردت النظرية عدة استثناءات هذه الدعامة ، تتمثل فى القوانين الأصلح للمتهم وكذلك القوانين التفسيرية وإذا ما نص المشرع على الرجعية فى غير المسائل الجنائية .

(٥٠) انظر فى تفاصيل ذلك منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٠٦ وما بعدها . أحمد سلامة محمد - المرجع السابق ص ٢١٠ وما بعدها .

Ronbier, les conflits de lois dans le temps, T.I. 1929. (٥١)

T. II 1933, le droit Transitoire, 2e éd Paris 1960.

- الأثر الفوري للقانون الجديد. l'effet immédiat. (٥٢) :

ومعناه سريان القانون الجديد بأثر فوري ومباشر على كل ما هو حال أو مستقبل ، فهو يسرى على المراكز التى تبدأ فى ظله ، وكذلك تلك التى ما تزال فى دور التكوين عند نفاذه . وبعبارة أخرى يسرى كمبدأ عام على كل ما يقع منذ العمل به ، أى المراكز التى تنشأ بعد نفاذه وعلى ما يقع من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدىء فى تكوينها أو انقضائها قبل نفاذه أى فى ظل القانون القديم ، كما يسرى القانون الجديد على الآثار التى تترتب بعد العمل به على المراكز القائمة عند نفاذه .

ويستثنى هذا الاتجاه الحديث من هذه الدعامة بعض الحالات يسمح فيها بسريان القانون القديم حتى بعد الغائه ، مثل تلك الحالات التى يتم فيها سريان القانون القديم بعد الغائه ليحكم الآثار القانونية المترتبة على المراكز العقدية والتى تكونت فى ظله ولا تزال قائمة عند العمل بالقانون الجديد .

ثانيا - الوضع بالنسبة لقوانين القضاء المدنى :

ما تقدم كان بالنسبة للقانون بوجه عام ، فهل هذه الحلول هى نفسها التى تطبق على قوانين القضاء المدنى ؟ . وسبب هذا التساؤل هو أن هذه القوانين انما تهتم بصفة أساسية ، بتنظيم الخصومة أمام القضاء ، وهى عبارة عن مركز قانونى يستمر لبعض الوقت ، اذ انها مجموعة من الأعمال القانونية المتتابعة تبدأ بالمطالبة القضائية وتنتهى بإصدار الحكم المنهى لها ، وهى لذلك تستغرق بعضا من الوقت ،

(٥٢) انظر التفاصيل - منصور - المرجع السابق ص ٢٢٤ وما بعدها . أحمد سلامة - ص ٢٢٢ . وما بعدها . سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٣ ص ٢٦ - ٢٧ .

الأمر الذى يجعل احتمال صدور تشريع جديد خاص بها قبل انتهائها
أمرا كثير الوقوع (٥٣) .

ونستطيع القول بأن قوانين القضاء المدنى كغيرها من القوانين
الأخرى تسرى بأثر فوري ومباشر على كل ما يحدث فى ظلها ،
ولا تسرى على الماضى (٥٤) . وعلى ذلك فإن كل الاعمال التى
تمت أو انقضت ، أو رتبت آثارها فى ظل قانون اجرائى معين ، فإنها
تظل محكومة بهذا القانون ولا يسرى عليها القانون الجديد (٥٥) .
ويسرى القانون الجديد بأثر مباشر على كل ما يحدث فى ظله .

وعلى ضوء ما تقدم فإنه من المفيد أن نشير فى ايجاز للصلول
التي أخذ بها المشرع لتحديد النطاق الزمنى لقانون القضاء الخاص
على أساس الدعامتين التي قامت عليها النظرية الحديثة :

(١) عدم رجعية قانون القضاء المدنى :

لا يطبق القانون الجديد على الخصومات التي انقضت بالفعل
قبل نفاذه ، فتظل هذه الخصومات السابقة محكومة بالقانون السابق
هى وكل آثارها ، حتى ولو كان القانون الجديد يغير فى طريقة رفع
الدعوى أو شروط قبولها ، أو يمنع قبول أدلة معينة فيها أو يلغى
طريق تنفيذ تم (٥٦) .

(٥٣) انظر فتوى والى - الوسيط - ص ١٦ - ١٧ . وميكلى -

لروس ج ١ بند ٢٩ ص ١٠١ .

(٥٤) Roubier paul, le droit Transitoire, 1960. P. 542 et Suiv

ميكلى - الاشارة السابقة - كيوفندا نظم ج ١ بند ٢٧ ص ٧٤

كوسفا ص ٤٠٣ .

(٥٥) كيوفندا - الاشارة السابقة - فتوى والى - الوسيط ص ١٦

وما بعدها . ابراهيم سعد - ص ٢٩ .

(٥٦) انظر فتوى والى - الوسيط ص ١٧ اوجوروكو - ج ١ ص

٢٠٨ - ٢٠٩ . وانظر نص المادة الثانية من مجموعة المرافعات والقائل

بأن « كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول

به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » . وانظر كيوفندا - نظم ج ١

ص ٧٥ بند ٢٧ .

(ب) الأثر الفوري لقانون القضاء المدني :

نصت المادة الأولى من مجموعة المرافعات على مريان « قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . من هذا يتضح ان لقوانين المرافعات أثرها الفوري والمباشر لتحكم الخصومات المستقبلية وكذلك القائمة على التفصيل الآتى :

١ - الخصومات المستقبلية :

تسرى قوانين المرافعات بأثر فوري على كل الخصومات التى تبدأ بعد نفاذه . ومن ثم تخضع لشروط رفع الدعوى واجراءات المطالبة ومواعيدها وفقا للقانون الجديد ، ويطبق ذلك ولو كان الحق الموضوعى المطالب به قد نشأ قبل صدور القانون الجديد (٥٧) . وعلى ذلك اذا ألغى القانون الجديد طريقا معيناً للحماية القضائية كان معترفاً به فى القانون السابق ، زال تبعاً لذلك الحق فى الحماية عن هذا الطريق ، ونفس الأمر يصدق بالنسبة لما يقرره القانون الجديد من طريق جديد للحماية لم يكن موجوداً قبل ذلك ، فإن القانون الجديد يسرى ، ويكون لصاحب الحق ولو كان حقه قد نشأ قبل صدور القانون الجديد الاستفادة من الطريق الجديد (٥٨) .

٢ - الخصومات القائمة :

تسرى قوانين المرافعات بأثر فوري على الخصومات القائمة وقت نفاذها ، مع ملاحظة أن ذلك مقيد بتلك الاجراءات أو العناصر التى تتم فى ظله ، اما تلك الاجراءات التى تمت قبل صدور القانون الجديد فتظل محكومة بالقانون السابق . اذ أن كل اجراء يتخذ

-
- (٥٧) انظر ابراهيم نجيب - ص ٣٠ . فتحى والى - ص ١٧ .
كيومندا نظم ص ٧٥ - ٧٦ ج ١ .
(٥٨) فتحى والى - الاشارة السابقة . محمد كمال عبد العزيز .
تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه ص ٤٢ لسنة ١٩٧٨ .

يخضع للقانون الذى فى ظله تم اتخاذه ، فكل اجراء تم صحيحا فى ظل قانون معين معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك (م ١/٢) . كما ان اثار العمل أو الاجراء التى ترتبت عليه فى ظل قانون معمول به تظل خاضعة لهذا القانون (٥٩) .

وإذا كانت هذه هى القاعدة فان المشرع يورد عليها بعض الاستثناءات ، اعمالا منه لاعتبارات معينة ، ويقضى بعدم سريان القانون الجديد عليها وبآثره الفورى ، ويجيز استمرار العمل بالقانون القديم بالرغم من عدم اكتمال المراكز القانونية فى هذه الحالات فى ظل ، واليك بيان بها فى ايجاز .

(١) القواعد المعدلة للاختصاص القضائى :

اتجه البعض الى القول بان الخصومة متى رفعت أمام محكمة معينة ، فنظل هذه المحكمة (٦٠) مختصة بالحكم فى الخصومة التى رفعت اليها ، حتى ولو صدر تشريع جديد يخرج الخصومة من اختصاصها ، ويستند انصار هذا الاتجاه فى تأييد ما ذهبوا اليه الى أن المدعى قد اكتسب حقا فى أن تنظر دعواه المحكمة التى لجأ اليها ، وأن اختصاص المحكمة يتحدد بوقت رفع الدعوى ويعتبر أثر له ، وبالتالي لا يجب أن يتغير الاختصاص بعد ذلك . وهذا الرأى وان كان له وجهته الا انه كان هدفا للنقد من جانب الفقه والقضاء على حد سواء (٦١) ، وقيل بحق أن الفرد لا يكتسب حقا فى أن تنظر دعواه أمام محكمة معينة دون غيرها أو أمام محكمة مشكلة تشكيلا خاصا ، وكل ما له فى هذا الصدد هو الحق فى أن توجد له الدولة محكمة

-
- (٥٩) روبييه - المرجع السابق ص ٥٥٧ وما بعدها بند ١٠٤ -
فتحى والى ص ٢٠ . ابراهيم نجيب ص ٣٠ . وراجع أيضا كوستا ص ٤
بند ٣ .
(٦٠) انظر كيوفندا - نظم ج ١ ص ٧٦ - ٧٧ بند ٢٧ . وانظر فى
عرض هذا الرأى ومن أيدوه فى روبييه - المرجع السابق - بند ١٠٣
ص ٥٥٣ .
(٦١) انظر روبييه - الإشارة السابقة .

تفصل فى دعواه (٦٢) . ومن ناحية أخرى فان القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائى وتوزيع الاختصاص بين المحاكم ، تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام ، الأمر الذى يجعلها تطبق باثر فوري (٦٣) . وعلى هذا استقر القضاء الفرنسى (٦٤) على سريان القانون المعدل للاختصاص أو المنظم للقضاء باثر فوري ومباشر على كل الخصومات القائمة ، وذلك باستثناء الدعاوى التى صدر فيها حكم قبل الفصل فى موضوعها أو فى مسألة موضوعية . وعلى ذلك اذا صدر تشريع يخرج خصومة معينة قائمة أمام محكمة من اختصاصها ، لادخالها فى اختصاص محكمة أخرى واما لالغاء المحكمة الاولى ، فانه يمتنع عليها الفصل فى هذه الخصومة ، ويجب نقلها الى المحكمة الجديدة اعمالا للقانون الجديد :

وقد ساير المشرع المصرى هذا الاتجاه ونص فى المادة الثانية من قانون اصدار مجموعة المرافعات بقوله : « على المحاكم ان تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها . وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الاحالة اليه مع تكليفه بالحضور فى المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى » (٦٥) .

الا أن هناك اعتبارات عملية تقتضيها المصلحة العامة ومصلحة الخصوم ، تستوجب عدم اعادة النظر فى خصومات تم تحقيقها

(٦٢) رمزى سيف - المرجع السابق بند ٧ ص ١٤

(٦٣) ابراهيم نجيب سعد - ص ٢٣ . سوليس وبيرو - ج ١

بند ٢٤ ص ٢٨ - ٢٩ . روبييه بند ١٠٣ ص ٥٥٢

(٦٤) انظر فى ذلك سوليس وبيرو - ج ١ بند ٢٦ ص ٣٠ والاحكام المشار اليها ص ٣٠ فى هامش ٣ . فتسان بند ٨ ص ١٤ . روبييه - المرجع السابق ص ٥٥٥

(٦٥) مع استثناء الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم والتى تبقى خاضعة لاحكام النصوص القديمة . انظر المذكرة الايضاحية للقانون القديم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

وأصبحت صالحة للحكم فيها ، وتمتثلزم استمرار المحكمة التى رفعت إليها الدعوى فى إصدار الحكم المتعلق بها بالرغم من أنها قد أصبحت غير مختصة وفقا للقانون الجديد . ولذلك نجد أن المشرع يستثنى من الأثر الفورى القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد أقفال باب المرافعة فى الدعوى (م ١/١ مرافعات) (٦٦) وحتى يسرى هذا الاستثناء ولا يطبق القانون المعدل للاختصاص من قاعدة الأثر الفورى يجب أن تكون الدعوى قد قفل فيها باب المرافعة ، أى امتنع على الخصوم تعديل طلباتهم أما إذا أجازت المحكمة تقديم مذكرات فى فترة حجز الدعوى للحكم ، فإن باب المرافعة لا يكون مقفولا إلا بانتهاء الأجل المحدد لتقديم المذكرات (٦٧) . وكذلك الأمر إذا أعادت المحكمة الدعوى للمرافعة بعد قفل بابها ، يجب عليها أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة اذا ما خرجت الدعوى على اختصاصها بمقتضى القانون الجديد . وإذا كانت الدعوى مؤجلة للنطق بالحكم فى موضوعها وصدر قانون جديد معدل للاختصاص ، فلا يسرى بأثر فورى ، أما اذا كانت مؤجلة للحكم فى مسألة فرعية ، فيجب على المحكمة التى لم تعد مختصة بالدعوى وفقا للقانون الجديد أن تحيلها الى المحكمة المختصة الجديدة (٦٨) .

(ب) القوانين المعدلة للمواعيد :

إذا كان هناك ميعادا قد بدأ قبل صدور قانون جديد يعدل من مدته ، تطويلا أو تقصيرا ، والفرض أن الميعاد لم تكتمل مدته

(٦٦) وهناك من يرى أن القوانين المعدلة للاختصاص إنما هى تلك المتعلقة بتغيير الولاية أو الاختصاص دون تلك التى تلتى محكمة قائمة أو جهة قضائية . إذ تطبق هذه القوانين بأثر فورى حتى على الدعاوى التى قفل فيها باب المرافعة قبل العمل بها (محمد وعبد الوهاب العشماوى - ج ١ بند ٤٩ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ بند ١٣) ، وكذلك القوانين التى تمنع القضاء من نظر دعاوى معينة أبو الوفا - المرافعات ص ٣٢ هامش .

(٦٧) محمد كمال عبد العزيز ص ٢٣ . ونقض ١٩٦٦/٢/٢٤ المجموعة ص ١٧ ص ٤٦٧ .

(٦٨) أنظر رمزى سيف ص ٢٦ . إبراهيم نجيب ص ٣٥ .

الا بعد نفاذ القانون الجديد . فهل يسرى القانون القديم عليه أم القانون الجديد ؟ هناك من يرى (٦٩) أن القاعدة فى هذا الخصوص تتمثل سريان القانون القديم على هذا الميعاد بالنسبة لانتهائه ولو صدر قبل ذلك قانون معدل له ومبنى هذه القاعدة هو احترام الحقوق المكتسبة . ويشترط لاعمال القاعدة ان يكون الميعاد موجودا فى القانون القديم وأن يكون قد بدأ فى ظله (٧٠) .

الا أن هذا الرأى يعد ترديدا للنظرية التقليدية المهجورة لتحديد النطاق الزمنى للقوانين ، أما النظرية الحديثة والتي أخذ بها القانون المصرى والمعرفة بالأثر الفورى للقوانين . مؤداها أن القانون الجديد اعمالا لأثره الفورى والمعدل للمواعيد ، يطبق على تلك التى بدأت فى ظل القانون القديم ولكنها لم تكتمل الا بعد نفاذ القانون الجديد . اذ أن الأمر يتعلق بمركز قانونى لم يكتمل ومن ثم تخضع العناصر التكوينية للقانون الذى تتحقق فى ظله وهو القانون الجديد (٧١) .

الا أن المشرع استثناء من هذا الأصل قد أخضع المواعيد التى بدأت فى ظل قانون قديم لهذا القانون بالرغم من عدم اكتمالها الا بعد صدور قانون جديد معدل لها (م ٢/١ مرافعات) . والمقصود بالمواعيد فى هذا الخصوص مواعيد المرافعات بمعناها العام والذى يتسع ليشمل مواعيد الطعن والمقووط واعتبار الدعوى كأن لم تكن وغير ذلك من المواعيد (٧٢) . وهذا الاستثناء لا يسرى الا اذا كان الميعاد موجودا فى القانون القديم ، وكل ما فعله القانون الجديد ليس الا تعديلا فيه ، كما يشترط أن يكون الميعاد قد بدأ بالفعل فى ظل القانون القديم . ولا يطبق الاستثناء على القوانين المستحدثة

-
- (٦٩) رمزى سيف - ص ١٦ - ١٨ بند ٨ . قارن فتحى والى - الوسيط ص ٢٢ .
(٧٠) رمزى سيف ص ١٦ ، ١٧ . فتحى والى الاشارة السابقة .
(٧١) ابراهيم نجيب . ص ٣٥ ، ٣٦ .
(٧٢) ابراهيم نجيب - الاشارة السابقة . فتحى والى - الاشارة السابقة .

لمواعيد جديدة ، أو الملغية لمواعيد قائمة حتى ولو كانت قد بدأت بالفعل ، فهذه تسرى بأثر فوري (٧٣) .

(ج) القواعد المنظمة لطرق الطعن :

بالنسبة للقواعد المحددة لاجراءات الطعن ، فانه يسرى عليها القانون الجديد النافذ قبل اتخاذها ، حتى ولو كان الحكم المراد الطعن فيه قد صدر فى ظل قانون قديم كان يغير فى اجراءات الطعن .

أما بالنسبة للقواعد القانونية المنشئة لطريق طعن لم يكن موجودا ، أو ملغية لطريق طعن قائم ، فيطبق القانون النافذ وقت صدور الحكم . وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء ، وما أخذ به المشرع المصرى بمقتضى نص المادة الأولى/٣ من قانون المرافعات أما بالنسبة للأحكام التى صدرت قبل نفاذ القانون الذى أنشأ طريقا للطعن لم يكن موجودا ، أو الخى طريق قائم ، فيسرى عليها القانون القديم وهو الذى كان قائما وقت صدورهما ، وبالتالي ليس للمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم بالطريق المستحدث ويكون له الطعن فى الحكم بالطريق الذى تم إلغائه بمقتضى القانون الجديد . اذ لا يسرى القانون الجديد بأثر فوري - فى هذه الحالات .

واذا كان المشرع المصرى قد أوضح القاعدة العامة فى حل التنازع الزمنى بين قوانين المرافعات فى صدر المادة الأولى من مجموعة المرافعات ، ثم وضع بعد ذلك الاستثناءات التى ترد على هذه القاعدة فى بنود ثلاثة ، وكان البند الثالث خاص « بالقوانين المنظمة » لطرق الطعن. بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق ، وهذا ما يؤدى الى فهم بان هذا يمثل استثناء على القاعدة المعروفة بالآثر الفوري للقانون الجديد .

(٧٣) أنظر ابراهيم نجيب ص ٣٧ . محمد كمال عبد العزيز ص ٤٤
وانظر المادة ٢/٢ مرافعات .

ولكن الواقع - كما قيل بحق - (٧٤) أن ما نص عليه المشرع فى هذا الخصوص لا يمثل استثناء من مبدأ الأثر الفورى للقانون الجديد ، وإنما أعمال له من ناحية وعدم رجعية القانون الجديد على الماضى من ناحية أخرى ، وهما الدعامتان اللتان قامت عليهما النظرية الحديثة فى هذا العدد . إذ أن القانون الجديد يسرى بأثر فورى على كل المراكز القانونية التى تبدأ أو تنتهى فى ظله وكذلك يسرى على كل عناصر التكوين أو الانقضاء بالنسبة للمراكز التى فى دور التكوين أو الانقضاء . وإذا كان الحق فى الطعن لا ينشأ إلا بصدر الحكم ، وما الحكم إلا العمل الختامى فى الخصومة . فإن الحق فى الطعن يتحدد وقت صدور الحكم وفقاً للقانون السارى فى هذا الوقت . وعلى ذلك فإذا ما صدر حكم بعد العمل بقانون جديد منشىء أو ملغى لطريق من طرق الطعن ، فإن هذا القانون يسرى بأثر فورى على الخصومة وبما فيها الحق فى الطعن بالرغم من أن هذه الخصومة قد بدأت فى ظل قانون قديم ، إلا أنها لم تستكمل إلا فى ظل القانون الجديد ومن ثم فيسرى عليها هذا القانون بالنسبة لما يتخذ فيها من أعمال بعد صدوره . أما حيث يتصل الأمر بحكم صدر قبل نفاذ القانون الجديد ، فإن الطعن فيه بحكمه القانون الذى نشأ فى ظله الحق فى الطعن وهو القانون القديم . وليس القانون الجديد . لأننا نكون أمام مركز قانونى تام التكوين فى ظل القانون القديم ومن ثم لا يسرى عليه القانون الجديد - حيث لا رجعية القوانين - حتى ولو تم مباشرة الحق فى الطعن بعد نفاذ القانون الجديد .

(د) القواعد المتعلقة بأدلة الاثبات :

تنقسم قواعد الاثبات الى قواعد موضوعية ، وأخرى إجرائية . والأولى تتعلق بطرق الاثبات وأحواله ، وتحديد من يقع عليه عبء الاثبات ، فى حين أن الثانية هى التى تنظم إجراءات وأوضاع تقديم أدلة الاثبات .

ولا جدال فى أن اجراءات الاثبات تخضع لما تخضع له الاجراءات فى عمومها ومن ثم فيسرى عليها القانون النافذ قبل اتخاذ اجراءات الاثبات ، حتى ولو كانت الوقائع المراد اثباتها قد تمت فى ظل قانون سابق (٧٥) كان يغير من هذه الاجراءات ، فقواعد الاثبات الاجرائية اذن تسرى باثر فوري ومباشر على كل ما يتخذ من اجراءات بعد نفاذها .

الا أن مشكلة قد ظهرت بالنسبة لتلك القواعد المتعلقة بقبول الدليل وقوته فى الاثبات ، وهل تعد قواعد اجرائية حتى يسرى عليها القانون النافذ وقت اتخاذها أو مباشرتها ، أم لا تعد كذلك نظرا لاتصالها بالواقعة محل الاثبات ، ومن ثم يسرى عليها القانون القديم النافذ وقت تكوينها ؟

ذهب الفقيه الايطالى كيوفندا (٧٦) الى أن مسائل القبول *Ammissibilità* تعتبر من المسائل الاجرائية ، ومن ثم يسرى عليها القانون النافذ وقت تقديمها ، ودليله فى ذلك أن أدلة الاثبات تقدم لتكوين اقتناع القاضى ، ومن ثم يجب تطبيق القانون النافذ فى هذا الوقت ، فليس من المنطق فى شيء أن يقبل القاضى دليل اثبات معين على واقعة محددة ، وفى نفس الوقت يرفض ذات الدليل بالنسبة لواقعة مماثلة ، لمجرد أن الدليل الأول قد أعد فى ظل قانون سابق كان يسمح بذلك .

ولكن هذا الرأى رغم وجاهته ، لم يلق قبولا من الفقه والقضاء نظرا لما يؤدى اليه من الاضرار بمصالح الخصوم الذين كانوا قد اطمأنوا الى دليل معين لاثبات ادعائهم ، ثم يفاجأوا بعد ذلك بقانون جديد يستلزم دليل آخر لا يكون فى استطاعتهم تقديمه ، الامر الذى يهدر الثقة التى اطمأن اليها الخصوم ويهدر لذلك مصالحهم . فمثلا

(٧٥) فتحى والى - الوسيط ص ١٨ .

(٧٦) كيوفندا نظم - الجزء الأول بند ٢٧ ص ٧٧ - ٧٨ .

لو أن القانون القديم كان يجيز اثبات واقعة معينة بالبينة ، وتصرف الخصوم على هذا الأساس وعند المطالبة بالحق كان قد صدر قانون جديد يستلزم اثبات هذا التصرف بالكتابة ، فمن غير المعقول مطالبة الخصوم بتقديم كتابة لاثبات ادعائهم ، لم يكن قد أعدوها قبل ذلك لأن القانون السارى وقت التصرف لم يكن يستلزم الكتابة (٧٧) .

وازاء هذا النقد فقد فرق الفقه (٧٨) بين نوعين من الأدلة :

Preuve préconstituée

- الأدلة المعدة أو المهيأة

وهى تلك التى تعد عند القيام بالعمل أو التصرف محل الاثبات مثل الكتابة ، وهذه الأدلة يسرى عليها القانون النافذ وقت تكوين العمل أو التصرف ، ولا يسرى عليها القانون الجديد بآثره الفورى (٧٩) . وكذلك القرائن القانونية يطبق بشأنها هى الأخرى القانون السارى وقت تكوين التصرف أو الواقعة التى ترتبط بها (٨٠) .

- الأدلة غير المعدة :

وهى تلك المتعلقة باثبات الوقائع القانونية . ونظرا لأن هذه الوقائع ليست أعمالا ارادية تستهدف الارادة منها ترتيب آثار قانونية معينة ، فان أدلة اثباتها لا تعد مقدما . ولهذا فمن المنطقى أن تخضع للقانون السارى المفعول وقت تقديم الدليل .

(٧٧) روبييه - المرجع السابق بند ٥٢ ص ٢٣٠ وما بعدها .
موريل - بند ٢٠ ص ٢١ فقى وإلى - الوسيط ص ١٩ . ابراهيم نجيب ص ٣٨ .

(٧٨) روبييه - المرجع السابق بند ٥٣ ص ٢٣١ - ٢٣٥ . موريل
الاشارة السابقة .

(٧٩) وبهذا تنص المادة التاسعة من القانون المدنى على أنه « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان يجب فيه اعداده » .
(٨٠) روبييه - المرجع السابق ص ٢٣٦ .

١٣ - منهج الدراسة :

بعد أن عرضنا للمقصود بقانون القضاء المدني ، وانتهينا الى أنه القانون المنظم لهذا القضاء ، ودوره فى الحياة القانونية ، والاجراءات التى يجب اتباعها فى مباشرة نشاطه ، يتضح لنا أن القضاء المدنى هو موضوع ومحل هذا القانون ، وحوله تدور كل الدراسات القانونية فى هذا الفرع من فروع القانون .

وعلى ذلك فإن هذا المؤلف يتخذ من القضاء المدنى وقواعد تنظيمه موضوعا له .

والدراسة العلمية لهذا القانون ، تقتضينا البدء بدراسة القضاء المدنى فى شكله ، أى بدراسة وظيفة هذا القضاء محددين أجهزته بتشكيلاتها المختلفة وكذلك قضاياه وأعاونهم ، مبينين ولايته وحدود اختصاص محاكمه كل ذلك فى جزء أول . أما فى الجزء الثانى فسوف نتحدث عن القضاء فى حركته ، أى التقاضى أمام هذا القضاء ، وسيلته واجراءات الحصول على حمايته .

١٤ - واذا أقدم هذه الدراسة فى التنظيم القضائى والتقاضى أمام القضاء المدنى لدارسى القانون وطلاب المعرفة القانونية ، لأرجو أن أكون قد وفقت - بعون من الله وتوفيقه - فى عرض موضوعات هذا العلم فى وضوح ويسر ، وأن أكون قد ابتعدت عن الاطالة فيما لا فائدة منه . وأن يجد فيها القارئ ، عوناً له على الامام بموضوعات هى من أدق موضوعات القانون ، وأكثرها لزوماً لمن يتخذ من القانون مهنة له . وأن يشفع لى القارئ ، حسن القصد اذا وجد مأخذاً أو رأى نقصاً ، فالكمال لله وحده . والله ولى التوفيق .

« ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا ، ويسر لنا العمل كلما علمتنا ، واوزعنا شكر ما آتيتنا ، وأنهج لنا سبيلا يهدى اليك ، وافتح بيننا وبينك باباً نفد منه عليك ، لك مقاليد السموات والأرض وأنت على كل شئ قدير » .

المؤلف

د . محمود محمد هاشم

القاهرة - سبتمبر ١٩٨٩.

الجزء الأول
قواعد
النظيم القضائي

القضاء ووظيفته، تشكيلاته وقضااته، ولايته وأهم مبادئه

١٥ - تمهيد وتقسيم :

تحتل قواعد التنظيم القضائي أهمية بالغة فى نظامنا القانونى ،
فالقضاء هو موضوع هذا القانون ومادته ، وحوله تدور جميع قواعد ،
ففى المنظمة للقضاء فى سكونه وحركته . ولهذا لم يكن غريبا أن تحتل
قواعد التنظيم القضائي مساحة هامة فى المؤلفات العامة لهذا الفرع من
القانون .

وعلى الرغم من أهمية القواعد المنظمة للقضاء ، فان هذه القواعد
لم تنل حظها فى التأليف ، ودراسة مشاكلها ودقائقها . وسبب ذلك أن
هذه القواعد تدخل جزءا فى مقرر المرافعات الذى يتم تدريسه لطلاب
الفرقة الثالثة بكليات الحقوق ، والمخصص له ساعات ثلاث فحبيب .
الأمر الذى لا يجد معه أستاذ المرافعات وقتا للدخول فى تفاهيل
علم القضاء ومشاكله ، بالإضافة الى ما يجب عليه تدريسه من قواعد
ممارسة وظيفة القضاء المتعلقة بكيفية الحصول على حمايته ، الدعوى ،
والخسومة واجراءاتها ، وما الى ذلك من قواعد .. وينقضى العام
الدراسى ، ولم يكن هذا الأستاذ قد فرغ من تدريس القواعد الاصولية
العامة فى هذا المقام .

وعلاجا لهذا فاننا نرى أن تستقل مادة القضاء ، بمقرر مستقل
من قرارات الدراسة بالسنة الثانية بكليات الحقوق ، يشتمل على قواعد
التنظيم القضائي فى سكونه . جهاته وتشكيلاته ، ولايته وقواعد توزيعها
ثم قضائه وقواعدهم .

والى ان يجد هذا الاقتراح صدق عند القائمين على أمر تطوير
الدراسات القانونية . فاننا نعرض - فى عجالة لوظيفة القضاء ثم
أجهزته وقضائه ، وقواعد توزيع ولايته على محاكمه المختلفة . وقبل
ذلك نعرض لتعريف القضاء .

فالقضاء مفرد ومعناه الحكم ، وهو مصدر وفعله قضى يقضى ،
وفاعله قاض ، ويأتى القضاء من لغتنا العربية بمعان متعددة ، فتارة

بمعنى الأمر ، وتارة بمعنى الحكم ، وأخرى بمعنى الأداء والفراغ وغيرها (١)

والقضاء فى الفقه الاسلامى عند الأحناف هو « الفصل فى الخصومات وقطع المنازعات » وعند الحنابلة « تبين الحكم الشرعى والالزام به » (٢) .

والقضاء بالحق واجب أمر الله به أمرا حازما محتما ، أمر الله به رسله وأنبياءه . لأنه لا يستقيم أمر الأمة بدونه ، فالخصومة من لوازم البشر ، وتنازع البقاء سنة الكون . ولهذا كان القضاء فرض عين على الامام ، يتعين عليه القيام به تيسيرا لأمور الناس ومصالحهم ، أو أن يعهد به الى غيره ممن يتصفون بالتقوى والورع والعلم والخشية من الله . فالقضاء بالحق سنة متبعة وفريضة محكمة ، وهو من أقسى الفرائض ومن أشرف العبادات .

ودراسة علمية لعلم القضاء ، تقتضينا البدء بتحديد وظيفة القضاء ومدلولها . ثم أجهزة هذا القضاء وقضاته ، وبيان ولايته وقواعد توزيعها على هذه الأجهزة التى تتكون منها .

ونخصص بابا لكل موضوع من هذه الموضوعات .

(١) انظر فى تفاصيل هذه المعانى ، مؤلفنا . القضاء ونظام الإثبات فى الفقه الاسلامى والأنظمة الوضعية ، ط الاولى . عمادة شئون المكتبات ، جامعة الملك سعود - الرياض ، ١٩٨٨ ، ص ٩ ، بند ٥ . وكذلك مؤلفنا « النظام القضائى الاسلامى » دار الفكر العربى ، ١٩٨٥ ، ص ١٧ .
(٢) انظر تفصيلا ، المرجعين السابقين .

الباب الأول

وظيفة القضاء

Fonction de la juridiction

١٦ - تقديم :

من المعروف علميا وعمليا ، أن النظام ضرورة تحتمها الحياة الاجتماعية المنظمة لشعب معين ، وأن القانون هو أداة تحقيق هذا النظام ، بما يحدده من حقوق الأفراد وحرياتهم ، مبينا لهم سبل ممارستها والانتفاع بها . فالنظام القانوني يستهدف الخير للجماعة ، والحماية لأفرادها من شرور الآخرين وجشعهم . الا أن هذا النظام لا تستقر أحواله ، ولا تستقيم أموره ، الا اذا وجدت السلطة التي تكفل - جبرا - مطابقة الواقع للقانون ، وذلك عندما لا يتم هذا التطابق اختيارا وبواسطة النشاط اليومي للأفراد . ومن هنا كان القضاء وكانت ضماناته ، يعمل على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم حماية قضائية . فهو الذى يكفل تحقيق القانون ، ومطابقته للواقع . والحماية القضائية هذه ما هى الا نوع من الحماية القانونية التى يتكفل بها النظام القانوني .

وظيفة القضاء تعد احدى الوظائف التقليدية الثلاث التى تقوم بها الدولة الحديثة ، بجانبوظيفتين التشريعية والتنفيذية . ويتولى القضاء باعتباره سلطة هذه الوظيفة .

وتعترف الأنظمة المختلفة للقضاء وهو يمارس وظيفته بنوعين من السلطة ، اولها سلطة القضاء بالمعنى الدقيق التى يصدر عنها أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، وهذه هى ما نطلق عليها الوظيفة القضائية للقضاء . وثانيها سلطة ولايته يصدر بمقتضاها أوامر وقرارات لا تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، وهذه السلطة هى ما نطلق عليها الوظيفة الولاية .

وعلىنا أن نبدأ فى فصل أول بالحديث عن الوظيفة القضائية للقضاء بالمعنى الفنى ، محددين ماهيتها وخصائصها وصورها . ثم نختم هذا الباب ببيان الوظيفة الولاية للقضاء .

الفصل الأول

الوظيفة القضائية

Tutela giurisdizionale الحماية القضائية

١٧ - تمهيد :

لا جدال فى أن الدولة ، بوصفها التشخيص القانونى لشعب منظم تحت سلطة سياسية ، تمكن اقليما معينا - تقوم بوظائف أساسية معينة ، فهى تقوم باصدار التشريعات المحددة لأهداف ومثل المجتمع العليا ، والمبينة لحقوق الأفراد وحرياتهم وكيفية ممارستها ، وهذه هى الوظيفة التشريعية التى يقوم بها كقاعدة البرلمان « مجلس الشعب » ، وهى تقوم ثانيا بتنفيذ القوانين وتسيير أمور الدولة ومرافقها العامة ، وهذه هى الوظيفة التنفيذية التى تقوم بها الحكومة والأجهزة الادارية المختلفة ، وهى تقوم ثالثا باقامة العدل بين مواطنيها ، عن طريق الأعمال الفعلية لقواعد القانون وهذه هى الوظيفة القضائية Jurisdiction contentieuse au Juridictionnelle التى يقوم بها كقاعدة القضاء

وقيام الدولة بهذه الوظائف الثلاث ، أمر لا خلاف عليه ، ولا جدال فيه ، فالدولة التى لا تقوم بهذه الوظائف لا توصف بانها دولة ، فهذه الوظائف مرادفة لفكرة النظام الذى يعد عنصرا من عناصر وجود الدولة (١) .

(١) انظر سليمان اللمباوى - السلطات الثلاث فى السسائير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الاسلامى . دار الفكر العربى سنة ١٩٦٧ ص ١٣ . مع ملاحظة ان هناك وظائف اخرى يمكن ان تقوم بها الدولة وفقا للفلسفة التى تأخذ بها وفى هذا يختلف الامر من دولة الى اخرى . انظر ذات المرجع ص ١٤ وما بعدها .

وتقوم الدولة بهذه الوظائف عن طريق هيئات أو سلطات معينة تقوم بإنشائها لهذا الغرض ، وتخصص هيئة لكل وظيفة ، تباشرها على استقلال . وحتى لا تتركز الوظائف أو السلطات ، فى يد واحدة ، فردا كان أو هيئة ، حتى لو كانت الهيئة هى الشعب ذاته ، لأن كل سلطة مفسدة ، والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة (٢) . وقد لوحظ كما قال الفقيه Montesquieu أن الانسان إذا ما تمتع بسلطة معينة فإنه يفسد استخدامها ، ويتمادى فيه الى أن يجد حدا لوقف هذا الاستخدام السيئ ، ولهذا نادى الفقيه الكبير بالمبدأ المشهور « الفصل بين السلطات » "Principe de Separation des pouvoirs" والذي (٣) يقوم على أساس أن السلطة تحد السلطة le pouvoir "arrête le pouvoir" . ومن الجدير بالذكر أن مبدأ الفصل بين السلطات أصبح من عماد الديمقراطية النيابية (٤) ، وأصبح العالم المعاصر يأخذ به فى سبيل تنظيمه لوظائفه الثلاثة .

وقد أخذت مصرنا وفى دساتيرها المتعاقبة ابتداء من دستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بدستور مصر الدائم الصادر فى سنة ١٩٧١ ، بهذا المفهوم لوظائف الدولة . وإذا كان من السهل نظريا التمييز بين

(٢) انظر فؤاد العطار . الإشارة السابقة .

(٣) وهو المبدأ الذى ارتبط بالفقيه مونتسكييه بالرغم من أنه ليس أول القائلين به ، فقد سبقه فى ذلك كل من أرسطو وأفلاطون من بعده من الفلاسفة الاغريق « انظر فؤاد العطار - المرجع السابق - ص ٦٨ وما بعدها . كابل ليلة ص ٥٥٢ - ٥٥٣ ، وقارن الدكتور محمد بدر تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ج ١ سنة ١٩٧٤ ص ١٦٤ - ١٦٥ . عثمان خليل والطماوى - ما سبق ص ٢٢٦ .

(٤) وهى احدى صور الديمقراطية التى قد تكون مباشرة او شبه مباشرة او نيابية (انظر هذه الصور بالتفصيل فى مؤلفات فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٣٣٩ وما يليها . كابل ليلة ص ٥٠٣ وما بعدها . ثروت بدوى ص ١٦٨ وما بعدها . وانظر رسالة الدكتور أنور رسلان للدكتوراه لجامعة القاهرة « الديمقراطية بين الفكر الفردى والفكر الاشتراكى سنة ١٩٧١ . وعبد الفتاح العبدوى الديمقراطية وفكرة الدولة . سلسلة الالف كتاب » .



هذه الوظائف القانونية للدولة ، فان هذه السهولة سرعان ما تتبدد من الناحية العملية نظرا لتشابك العلاقات بين الهيئات التي تؤدي هذه الوظائف ، وهذا يقتضى منا بالضرورة التمييز بين هذه الوظائف الثلاث للدولة ، وذلك للوصول الى فكرة واضحة للوظيفة القضائية .

١٨ - وعلى هذا ينقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نبين فى الاول التمييز بين وظيفة القضاء وبين غيرها من وظائف الدولة . واذا انتهينا من هذا وجب علينا أن نحدد خصائص هذه الوظيفة ، أى خصائص العمل القضائى وصور الحماية التى تمنحها الوظيفة القضائية .

المبحث الأول

تمييز وظيفة القضاء

١٤ - تمهيد :

للوصول الى فكرة واضحة للعمل القضائي ينبغى الوقوف على فكرة واضحة لوظيفة القضاء ذاتها . وهذا لا يتأتى الا اذا ميزنا وظيفة القضاء ، وباعدنا بينها وبين وظيفتى التشريع والادارة التى تقوم بهما الدولة . وذلك على النحو التالى :

المطلب الاول

الوظيفة القضائية والوظيفة التشريعية

٢٠ - لم يثر خلاف بين الفقهاء بشأن التمييز بين أعمال الوظيفة القضائية وأعمال الوظيفة التشريعية ، وذلك لوضوح الفواصل بين الوظيفتين ومجال كل منهما . اذ أن الوظيفة التشريعية ، تتمثل فى اصدار القواعد العامة المجردة (القوانين) المنظمة لسلوك الافراد فى المجتمع ، والمحددة لحقوقهم وسبل ممارستها وواجباتهم ، اى وضع قواعد سلوك عامة ومجردة ، تخاطب بها كل افراد المجتمع ، يلتزمون بها ، ويطبقونها فى سلوكهم وفى معاملاتهم . اما القضاء فيعمل على اعمال هذه القواعد فى الواقع الاجتماعى ، عندما لا يتم اعمالها اختيارا من جانب الافراد (٥) وبعبارة أخرى فانه بينما يقوم المشرع بخلق وانشاء القواعد العامة المجردة ، يقوم القضاء بتحقيق هذه القواعد العامة على وقائع محددة ، تعرض عليه ، عندما يحول دون تحقيقها من جانب الافراد مانع من الموانع . فالقاضي اذن على عكس المشرع لا يخلق قاعدة ، وانما يحقق قاعدة موجودة سلفا على ما قد يعرض عليه

(٥) وفى ذلك يقول الفقيه الايطالى اوجوروكو فى مطلوه : « ان موضوع النشاط القضائى فى الواقع انها هو التاكيد أو التحقيق الجبرى المحدد للبصالح المحمية بصفة مجردة عن طريق القواعد الموضوعية وذلك عندما لا يتم تحقيق أو مراعاة هذه القواعد » ج ١ بند ٤ ص ٧٠

من وقائع محددة . وذلك لتحقيق الحماية القانونية للمصالح التى اراد المشرع حمايتها عن طريق القواعد الموضوعية (٦) . وذلك عند تعرض هذه المصالح للاعتداء عليها أو التهديد به (٧) .

وحتى فى الحالات التى يضطر فيها القاضى الى خلق قاعدة تحكم ما هو معروض عليه ، عند عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع ، حتى لا يقع تحت طائلة العقاب ، فان ما يخلقه القاضى فى هذا الخصوص لا يعد قاعدة قانونية بالمعنى الفنى ، وانما تظل لها صفة الخصوصية بالنسبة لما طبقت عليه (٨) . وتفصيل ذلك ، ان التشريعات المعاصرة ، تلزم القاضى بضرورة تحقيق الحماية القضائية ، بالفصل فيما يعرض عليه من خصومات ، والاجابة على كل طلب أو دفع يقدم اليه ، والا عوقب باعتباره منكرا للعدالة ، وهى الجريمة المنصوص عليها فى تشريعنا العقابى فى المادة ١٢٢ منه ، والتى تقضى بالعزل أو الغرامة على القاضى الممتنع عن الحكم . « ويعد ممتنعا عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن اصدار حكم بعد تقديم طلب اليه فى هذا الشأن .. ولو احتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر » يتضح أن القاضى لا يقبل منه الاعتذار عن

(٦) وعلى ذلك فهناك من يقول ان كلا من المشرع والقاضى يعمل لحماية المصالح . وكل ما يفرق بينهما هو نطاق هذه الحماية فحسب ، فالقولة تحدد بالقانون المصالح التى تحميها وحدود حمايتها بصفة مجردة ، ويأتى القضاء ليحقق هذه الحماية بالفعل فى حدود قواعد القانون ، على حالات خاصة أو افراد معينين (انظر فى هذا المعنى . الحكم الدنى لروكو الفريدو ص ٨ وما بعدها . وأوجو روكو - المرجع السابق ص ٦٤ - ٦٥ . كوستا - ص ٧٦ بند ٥٣ . ساقا ص ٦ بند ٢ . لوجو اندريا - موجز ص ٤ . وانظر عرضا لنظريات القضاء فى

Zanzucchi, Tullio, Dir. proc. civ. giuffré 1964. V.I. P. 5e scg

(٧) انظر للمؤلف - الموجز فى قانون المرافعات - فى الأعمال القضائية وطرق الطعن فى الأحكام دار التوفيق ٧٩ - ١٨٠ ص ٧ - ١٠ . فتحى والى - قانون القضاء الدنى ص ٣٩ بند ١٥ .

Morel René, Traité élémentaire de procédure civile, 3o. (٨) éd. 1949 P. 78.

الحكم بعدم وجود نص ، وانما عليه ان يجتهد برأيه - مسترشداً في ذلك بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة - حتى يصل الى قاعدة تحكم النزاع المعروض عليه . ويكون القاضى قد خلق قاعدة - متى وصل اليها - تحكم النزاع المعروض عليه . فهل تعادل هذه القاعدة فى قوتها القاعدة القانونية ؟ لا شك أن الاجابة على هذا التساؤل لا تكون الا نفياً . اذ يظل الفارق قائماً بين القاعدتين . فالقاعدة القانونية هى قاعدة عامة مجردة وملزمة للأفراد والقضاء معا فى حين أن القاعدة التى خلقها القاضى - للافلات من العقاب - فتظل لها خصوصيتها بالنسبة للنزاع الذى خلقت من أجله وطبقت عليه ، ولا تكتسب أبداً صفتى العمومية والتجريد المقررة بالنسبة للقاعدة القانونية . فلا يلتزم القاضى نفسه بها فى قضايا المستقبل ، ولا يلتزم بها غيره فى القضايا المشابهة (٩) .

ومن ناحية ثانية ، فان العمل التشريعى - متى صدر - يلزم المخاطبين به ، ويحتج به عليهم جميعاً دون تحديد لأسمائهم أو صفاتهم ، فالكل مخاطب بالقانون ، ومطالب باحترامه وتنفيذه سواء

(٩) وقد يقال ان القاعدة التى استحدثها القاضى - مسترشداً بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى - تعد قاعدة قانونية بالمعنى الفنى على اعتبار أن قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى تعد من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . الا أن الرد على هذا القول سهل ميسور ، اذ أن هذه القواعد أو تلك المبادئ لم توضع ضمن مصادر القانون الا « لاتخاذ المظهر فقط لأن القاضى لا يستطيع أن يخلق قاعدة قانونية وهو فى نفس الوقت مطالب بالحكم فى النزاع حتى ولو لم تكن هناك قاعدة تحكمه والا اعتبر منكراً للعدالة . فكان لا بد ان من ستر يستتر به القاضى حين يحكم برأيه وحتى لا يكون منكراً للعدالة » . ولهذا فمن الصعب القول بأن مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون (انظر فى ذلك احمد سلامة - التدخل - الكتاب الأول ص ١٥٣ بند ٨٢ وما بعدها . والمذكرة الايضاحية للمشروع التهديدى تعليقا على نص المادة الأولى من المشروع . منصور مصطفى منصور - التدخل سنة ١٩٧٠ ص ٦٨ وما بعدها . عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية القانون سنة ١٩٦٥ ص ٢٠٥ بند ١٣٠ .

كان على علم به أم لا ، اذ لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون (١٠) .
ويقوم القاضى بتوقيع الجزاء على من يخالف أحكامه ، ولو ثبت
جهل شخص بالقراءة أو الكتابة ، أو عدم علمه بوجود القاعدة
القانونية . اذ أن العلم بالقانون مفترض ، والجهل به غير مغتفر .
والقانون ملزم للأفراد وللسلطات العامة على حد سواء . كل ذلك
بعكس أعمال القضاء ، فهى لا تلزم ولا يحتج بها الا على أطراف
الخصومة الصادرة فيها ، ولا يتعدى حدود هذه الخصومة ولا نطاقها ،
خصوصا ومحلا وسببا .

ومن ناحية ثالثة ، فإن العمل التشريعى لا يستنفذ ولاية المشرع ،
بحيث يمتنع عليه أن يعود الى هذا العمل بتعديله أو إلغائه أو إنهاء
العمل به ، اذ يكون للمشرع دائما - فى حدود الدستور - أن يصدر
من القوانين والتشريعات ما يشاء ، ملغيا قوانين صدرت عنه فيما مضى
الغاء صريحا أو ضمنا ، أو مدخلا عليها من التعديلات ما يشاء من
مواد . وهذا على عكس العمل القضائى الذى يستنفذ ولاية القاضى
الذى يصدره ، فلا يملك هذا القاضى الرجوع الى حكمه الذى
أصدره بإلغائه أو بتعديله ، ولو كان ما يصدره معيبا بعيب يبطله أو
كان غير عادل ، الا اذا كان قاضيا للطعن فى الحالات التى ينص عليها
المشرع (١١) .

(١٠) أنظر فى عرض هذه القاعدة . احمد سلامة - المرجع السابق
ص ١٦٦ . وما بعدها . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق
ص ٣١٧ ، عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية القانون المشار اليها ص ١٦٠
وما بعدها .

(١١) أنظر فى هذا الموضوع بحث للمؤلف فى استفاد ولاية
القاضى ، ١٩٨٢ . وبصفة عامة أنظر فى تمييز العمل التشريعى عن
العمل القضائى فتحى والى - قانون القضاء المدنى بند ١٥٠ او جوروكو
ج ١ ص ٦٤ وما بعدها . سوليس وييرو بند ٥٠٨ ص ٤٧٥ - ٤٧٦ .
المؤلف ، الموجز - المشار اليه ص ٧ . وما بعدها .

المطلب الثانى

الوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية (١٢)

٢١ - صعوبة التمييز بينهما :

إذا كان التمييز بين وظيفة القضاء ووظيفة المشرع سهل وميسور ، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة لوظيفة القضاء ووظيفة الإدارة ، نظرا لما بينهما من تشابه كبير ، وصل بالبعض (١٣) الى حد مهاجمة التقسيم التقليدى لوظائف الدولة ، والقول باندماج السلطة القضائية

(١٢) ونظرا لضرورة التمييز بين وظيفة القضاء وبين وظيفة الإدارة ، وما يستتبع ذلك من تمييز العمل القضائى عن العمل الإدارى ، فقد زحرت المكتبة القانونية بالعديد من الأبحاث والرسائل الجامعية - فضلا عن المراجع العامة فى فقه القانون العام وقانون المرافعات - التى تتخذ من هذا الموضوع محلا وموضوعا لها . نذكر منها :

- القطب محمد طه - العمل القضائى فى القانون المقارن والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى سنة ١٩٦٤ .

- وجدى راغب فهمى . النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - عين شمس سنة ١٩٦٧ مطبوعة سنة ١٩٧٤ .

- عبد الباسط جيمى . مقالة فى سلطة القاضى الولائية - مجلة

العلوم القانونية والاقتصادية يوليو سنة ١٩٧٦ .

Giullien R. l'acte juridictionnel et autorité de la chose Jugée. Thèse, Bordeaux 1931. L'Ampuè P., la notion d'acte judidictionnel. Rev. Dr. Publ 1946. Chaumont Charles, Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel, Rev. Dr. Publ. 1942. Hepraud P. l'acte juridic. et la classification de contentieux, Recueil de l'academie de législation de Toulouse. 1949.

- Walinc, ac critère des actes juridictionnels R.D.P. 1933.
- Rocco Alfredo, la sentenza civile, Milano 1962.
- Allorio E., Saggio Polemico sulla giurisdizione volontaria in Dottrina della giurisdizione e del giudicato. 1957.

(١٣) انظر جارسونيه وسيزار بروجى - ج ١ - ١٩١٢ ص ١٠ - ١٤ والمراجع المشار إليها فى رسالة وجدى راغب ص ١٥ ، ١٦ . لاميروى - مقالة ص ٦ - ٧ . نوجى - القانون الدستورى ج ٢ ص ١٥٨ - بورودو - القانون الدستورى والنظم السياسية سنة ١٩٦٥ ص ١٣٨ .

فى السلطة التنفيذية ، اذ لا يوجد فى نظرهم الا سلطة تشريعية تصدر القوانين ، واخرى تنفيذية تقوم بتنفيذ هذه القوانين . وما تطبيق القانون من جانب القضاء الا نوع من تنفيذه .

غير ان هذا الاتجاه الفلسفى ، وان كانت له قيمته العلمية المجردة ، فانه لا يصلح للتطبيق العملى لانه يصطدم والواقع القانونى ، حيث لا يفسر الظواهر المشاهدة فى كثير من الدول والتي تجعل من القضاء سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية . فضلا عن مساوئ هذا الاتجاه ، والتي تتمثل فى وضع القضاء تحت اشراف وهيمنة السلطة الادارية فى الدولة ، الامر الذى يسمح لهذه الاخيرة بالتدخل فى شئونه ، وعدم التزامها بتنفيذ احكامه مما يؤدى الى اهدارها (١٤) . ولهذا نجد ان القضاء كسلطة متميزة ، قائمة بذاتها ، مستقلة عن السلطة التنفيذية ، قد غدت ظاهرة تستعصى على الانكار ، اذ ان هذا امر يفرضه الواقع وطبائع الاشياء ، حتى ان القائلين باندماج القضاء مع الادارة قد اكدوا مع ذلك على ضرورة فصل القضاء عن الادارة (١٥) .

وحتى لو سلمنا جدلا باندماج القضاء مع الادارة فى سلطة واحدة هى السلطة التنفيذية ، فان هذه السلطة التنفيذية تصدر بلا شك اعمالا ادارية واخرى قضائية ، وتظل الضرورة قائمة فى التمييز بينهما (١٦) . وفى هذا الصدد تعددت نظريات الفقهاء ، وتباينت مذاهبهم بشأن الوصول الى معيار واضح للوظيفة القضائية وبالتالي للعمل القضائى .

ونعرض لاهم هذه النظريات والتي يمكن تصنيفها فى اتجاهين نعقبهما برأينا فى الموضوع .

-
- (١٢) عبد الباسط جيمى - مقالة - ص ٦١١ بند ٧٦ - وجدى راجب - نظرية العمل القضائى ص ٦ - ابراهيم مسعود - ص ٥٤ - سوليس وبيرو بند ٥٠٦ .
- (١٥) انظر جارسونيه وسيزار بروى - المرجع السابق - بند ٢ ص ١٣ - ١٤ ج ١ .
- (١٦) عبد الباسط جيمى - المقالة السابقة بند ٧٧ .

الفرع الاول

الاتجاه الشكلي

٢٢ - مضمون الاتجاه :

اتخذ أنصار هذا الاتجاه من العناصر الشكلية لأعمال الوظيفة القضائية معياراً لتمييزها عن أعمال الوظيفة الإدارية . ومع اتفاقهم على هذا ، فإنهم اختلفوا مع ذلك حول أى من هذه العناصر يمكن اتخاذه معياراً للتمييز فى هذا الصدد . فمنهم من اتخذ من العضو القائم بالعمل معياراً للتمييز ، بينما ركز آخرون على إجراءات استصدار العمل ، فى حين نظر البعض الآخر الى ما يترتب العمل من آثار . بينما نظر آخرون الى الأسلوب الذى يتميز به العمل القضائى (١٧) .

ونقتصر فى هذا الصدد على ما قال به الفقيه كارييه دى مالبير . والفقيه جيز فى هذا الخصوص .

٢٣ - أولا المعيار العضوى الاجرائى :

ذهب البعض وعلى رأسهم الفقيه الكبير كارييه دى مالبير Carré de Malberg (١٨) الى أنه لا جدوى من الاعتماد على

(١٧) وهذا ما قال به الدكتور محمد عبد الخسالى عمر - قانون المرافعات سنة ١٩٧٩ ص ٦٢ - ٦٣ وما يقترب منه ما قال به محمد على راتب ونصر كامل وفاروق راتب - قضاء الامور المستعجلة سنة ١٩٥٨ بند ١٤٨ .

Carré de Malberg, Contribution à la Théorie générale de l'Etat, Paris 1920 T.I. P. 691 et suiv. 719 ets. 784 - 785.

وانظر فى عرض هذه النظرية . دراسات فزيوز - المشار اليه ص ٥٩ - ٧٣ . سوليس وبير ج ١ ص ٣٠ وما بعدها . فنسان - المرافعات ١٩٧٨ بند ٦٨ وكذلك

— Valticos Nicolas, l'autorité de la chose jugée Thèse Paris 1953 P. 8 et suiv. Jacquemart Danis le Conseil d'Etat Thèse 1957 P. 47. Bonnard R. la conception matrielle de la fonction juridic. Paris 1925.

العناصر الموضوعية للعمل القضائي ، لتمييزه عن العمل الإداري .
واخذ يوجه الانتقادات على كل ما قيل به في تمييز العمل القضائي
معتمدا على العناصر الموضوعية . وخلص الى أن الذي يميز العمل
القضائي عن العمل الإداري هو اختلاف الهيئات التي تصدر كل
منهما . فالعمل القضائي يصدر عن هيئة معينة منظمة بطريقة محددة
هي الهيئة القضائية ، بينما يصدر العمل الإداري عن مجرد هيئة
إدارية (١٩) .

ولقد شايعت مدرسة فينا المعروفة بمدرسة التدرج الهرمي على
يد عميديها كلسن ومركل (٢٠) ما ذهب اليه الفقيه كارييه في تمييزه
للعمل القضائي . ويتلخص فقه هذه المدرسة في أن النظام القانوني
انما يتخذ - في نظرهم - شكلا هرميا متدرجا ، توجد في قمته
القواعد الأساسية *les normes fondamentales*
وفي قاعدته توجد القواعد الفرديّة *les normes individuelles*.
وفي نظرهم يكون أي عمل قانوني مطبق لقاعدة أعلى ومنشئ في ذات
الوقت لقاعدة أدنى . فالدستور يطبق القواعد الأساسية وهي قواعد
أزلية مفترضة ، والمشرع يطبق الدستور وفي نفس الوقت ينشئ
القواعد العامة (القانون) . والقضاء يطبق القواعد العامة لينشئ

(١٩) كارييه دي مالبيير . ص ٧٢١ . وانظر عرض هذه النظرية
في مصر وجدى راغب فهمى رسالة - ص ١٩ وما بعدها . عبد الباسط
جيمى - المقالة المشار إليها ص ٦١٢ وما بعدها . رمزي الشاعر .
المسئولية عن أعمال السلطة القضائية الطبعة الاولى ١٩٧٨ ص ٩ - ١١ .
Kelsen H. aperce d'une Théorie generale d'E'tat. R.D.P. (٢٠)
1926 P. 611 et suiv. (Eisenmann). Theoria generale del diritto c
dello Stato trad. Milano 1952 P. 134-138.

مشار اليه في وجدى راغب رسالة ص ٢٠ هامش ٢ وانظر
Bonnard R., la Théorie de la formation du droit par degres dans
l'oeuvre d'Adlf-Mark. L. R.D.P. 1928 P. 668-698.

القواعد الفردية (٢١) . وإذا كان القضاء ينشئ قواعد فردية فإن هذا لا يميزه عن الإدارة التي تطبق هي الأخرى القانون منشئة بذلك قواعد فردية كذلك . ويخلص أنصار هذه المدرسة الى أن الذى يميز بينهما هو أن القضاء يباشر وظيفته على أساس من الاستقلال بينما تباشر الإدارة وظيفتها على أساس من التبعية الرئاسية ، وفى ذلك يقول كلسن أن الحكم والقرار الإدارى كلاهما من طبيعة واحدة ، إلا أن الخلاف بينهما ينصب على المركز القانونى لمن ينشئ القاعدة الفردية ، فالقضاة مستقلون بعكس السلطات الادارية (٢٢) .

٢٤ - ثم أضاف الفقيه كارييه الى معياره العضوى المتقدم ، معيارا إجرائيا آخر ليتلافى ما قد يوجه اليه من نقد . وذهب الى أن العمل يكون قضائيا إذا كان صادرا عن هيئة منظمة بطريقة معينة ، ووفقا لمجموعة من الاجراءات والأشكال التى يتطلبها المشرع (٢٣) . مثل صدور العمل فى جلسة علنية ، مع كفالة حقوق الدفاع والمواجهة بين الخصوم ومراعاة قواعد معينة فى تسببيه ، ويخلص الى أن هذه الاجراءات هى التى تكفل للعمل القضائى فاعليته وقوته فى ترتيب الحقيقة القانونية (٢٤) . أما العمل الإدارى فيصدر من هيئة إدارية فى غير الاجراءات القضائية .

(٢١) أنظر كلسن - عجلة فى نظرية الدولة ص ٦٢٢ وما بعدها .
بونار - المرجع السابق . وأنظر عرض هذه المدرسة فى جاكمار مجلس الدولة . رسالة ص ٥٠ وما بعدها - جوليان - رسالة ص ٤٩ .
لامبويه مثاليته ص ١٠ وما بعدها . وجدى راغب - رسالة ص ٢٠ - ٢١ .
رمزى الشاعر ص ١١ - ١٢ . القطب - رسالة ص ٢٨ .
(٢٢) أنظر كلسن - عجلة ص ٦٢٥ . أنظر بونار - رسالة ص ٦٨٠ . جاكمار ص ٥٢ .
(٢٣) كارييه دى مالبير النظرية العامة ص ٧٨٧ - ٧٨٨ .
(٢٤) أنظر كارييه - المرجع السابق ص ٧٨١ . سوليس وبيرو ص ٤٢٢ بند ٤٧٢ . فتحى والى - الوسيط ص ٣٠ إبراهيم مسعود ص ٦١ وما بعدها بند ١٧ .

٢٥ - نقد هذا المعيار :

يرجع الفضل فى ابراز أهمية العناصر الشكلية للعمل القضائى الى الفقيه كارييه وأنصاره (٢٥) ، الا أن معيارهم هذا غير كاف لتمييز العمل القضائى عن غيره من عدة نواح .

- لقد استبدل أنصار هذا الرأى المشكلة بأخرى عندما قالوا أن العمل يكون قضائيا ان كان صادرا عن هيئة قضائية ، ويكون اداريا ان كان صادرا عن هيئة ادارية . اذ يجب الاجابة على سؤال جديد مؤداه متى تكون الهيئة قضائية ومتى لا تكون كذلك (٢٦) . لا تكفى اجابة كلمن على هذا التساؤل بقوله أن الهيئة تكون قضائية اذا كانت تتمتع باستقلال فى ممارسة وظيفتها ، وتكون ادارية ان كانت تعمل على اساس من التبعية الرئاسية . اذ أن هناك من الهيئات الادارية ما تتمتع باستقلال تام فى مباشرة وظيفتها ، وان ذلك لم يغير من طبيعتها ولا من طبيعة ما يصدر عنها من قرارات مثل لجان الامتحان وبعض الهيئات اللامركزية وغيرها (٢٧) . كمسا أن المشرع كثيرا ما يلزم الصمت بالنسبة لبعض الهيئات ولا يبين ما اذا كانت مستقلة أو ليست كذلك ، مما يؤدى ذلك الى عدم كفاية هذا المعيار والبحث عن آخر لاكتشاف طبيعة ما يصدر عن هذه الهيئات من أعمال (٢٨) .

-
- (٢٥) أنظر وجدى راغب - رسالة ص ٢١ - ٢٢ .
(٢٦) جاكمار - مجلس الدولة كقاض نقض ، رسالة ص ٥٠ .
فالين - معيار الأعمال القضائية ص ٥٦٥ سوليس وبيرو - الاشارة السابقة . فتحى والى ص ٢٩ بند ١٥ من الوسيط .
(٢٧) جاكمار - مجلس الدولة - الاشارة السابقة سوليس وبيرو - الاشارة السابقة . فالينكوس المرجع السابق ص ٩ . ابراهيم سعد - ص ٦٠ وجدى راغب ص ٢٣ رسالة . فتحى والى - الاشارة السابقة .
محمود هاشم - الموجز ص ١٢ . عبد الباسط جميعى - مقالة ص ٦١٤ بند ٨٢ .

- (٢٨) لامبوى - المرجع السابق ص ٢٦ - ٢٧ . وجدى راغب ص ٢٣ . التطلب محمد طبلية ص ٣٢ . رمزى الشاعر - المرجع السابق ص ١٧ .

- ليس صحيحا ما يقول به كلمان أن القضاء دائما يطبق قاعدة قانونية سابقة وينشئ قاعدة فردية ، اذ قد لا يجسد القاضي قاعدة يطبقها على الواقعة المعروضة عليه ، فيضطر الى استحداث قاعدة تحكم هذه الواقعة والا اعتبر منكرا للعدالة وهنا لا يطبق قاعدة سابقة وانما يستحدث وينشئ قاعدة (خاصة) تحكم ما هو معروض عليه (٢٩) .

- وحتى لو أمكننا تحديد ما اذا كانت الهيئة القضائية أو ادارية ، فان تمييز الأعمال الصادرة عنها عن طريق العناصر الشكلية ، لا تكون كافية في هذا الصدد . اذ قد يصدر عن الهيئة الواحدة عدة أعمال مختلفة في طبيعتها . فالقضاء يصدر أعمال قضائية ويصدر أيضا أعمال غير قضائية أي أعمال ادارية . كما أن الادارة قد تباشر نشاطا قضائيا (٣٠) .

- وحتى المعيار الاجرائي لا يصلح بدوره لتمييز العمل القضائي عن غيره . فالمرجع قد يتطلب لاستصدار عمل من الأعمال اتخاذ مجموعة من الاجراءات ، دون أن يكون هذا العمل بالضرورة من قبيل الأعمال القضائية ، وانما يتطلب المشرع ذلك لتوفير ضمانة معينة أو لتحقيق مصلحة خاصة . مثل تلك الاجراءات المطلوبة بالنسبة للقرارات التأديبية . كما أن هناك أعمال قضائية تصدر في غير الاجراءات القضائية مثل أوامر الأداء ، وتلك الاحكام التي تصدر في غيبة الخصوم ، والتي تتم فيها المرافعة سرا (٣١) .

(٢٩) القطب محمد طبلية - رسالة ص ٣٣ .

(٣٠) لامييه - مقالة ص ٤٣ - فالتيكوس - ص ٩ . عبد الباسط جيمى ص ٦١٥ فتوى والى - الوسيط ٣٠ . وجدى راغب ص ٢٣ . (٣١) فتوى والى - قانون القضاء المحدث ص ٤٤ - ٤٥ . عبد الباسط . جيمى ص ٦١٥ - ٦١٦ . محمد هاشم الموجز ص ١٣ . لامييه ص ٤٨ - ٤٩ . رمزي الشاعر ص ١٤ - ١٥ . كيثن وفنسان - موجز ص ٥١ .

- يعد هذا المعيار أخيراً مصادرة على المطلوب . إذ أن الاختلاف في الجوهر هو الذى يؤدى الى الاختلاف الاجرائى أو العضوى . فطبيعة العمل هى التى تحدد اجراءاته وليس العكس فالوظيفة هى التى تميز الموظف ولكن الموظف لا يميز الوظيفة (٣٢) .

٣٦ - ثانياً : نظرية الأثر القانونى :

ذهب جانب آخر من الفقهاء (٣٣) الى القول بأن العمل القضائى يتميز عن غيره بما يرتبه من أثر قانونى ينفرد به . فقد ذهب الفقيه الفرنسى Jaze الى القول بأن العمل القضائى هو تقرير له قوة الحقيقة القانونية Une constatation avec de verité légale تتعلق بمركز قانونى عام او فردى او بمجرد وقائع (٣٤) . وسواء

(٣٢) وحدى راغب - الاشارة السابقة . رمزى الشايع ص ١٣ . فتحى والى - الوسيط ٢٩ - ٣٠ - القطب طلبية ص ٢٦٠ . بونار - التصور المادى للوظيفة القضائية ص ٧ وما بعدها . لامبويه ص ٤٦ . عبد العزيز خليل بديوى . الطعن بالنقض والظعن أمام المحكمة الادارية العليا - رسالة ج عين شمس ١٩٦٩ ص ٧٥ - ٧٦ . أحمد ملبجى موسى رسالة فى تحديد نطاق الولاية القضائية . الاختصاص القضائى . ج عين شمس ١٩٧٩ ص ٥٥ - ٥٩ .

Jéze Gaston, l'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux R.D.P. 1909 P. 667 et suiv. les Principes généraux du Droit administratif. 3e ed. 1925, P. 25, 48 Tome I. De la force de verité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel. R.D.P. 1913 P. 437 et suiv.

Japier. Traité élément re procedure civ. et Com. P. 120 l'ampue, la nation d'acte juridictionnel op. cit P. 5.

(٣٤) وذلك بعد أن قسم جيز الأعمال أو التصرفات القانونية الى تصرفات لأجعية او تشريعية . وتصرفات فردية وتصرفات شرطية ثم تصرفات قضائية (انظر جيز - المبادئ العامة ج ١ ص ٢٥ ، ٤٨ ، ٥٠ ، العمل القضائى المقالة - ص ٦٦٧ - ٦٦٨ . قوة الحقيقة - المقال المشار اليه ص ٣٧ وما بعدها ، وانظر فى عرض هذه النظرية دراسيات فزيوز . المشار اليه ص ٧٣ وما بعدها . سوليس وبيرو ج ١ ص ٤٢٨ . فالين - معيار الاعمال القضائية المنشور فى مجلة القانون العام ٣٣ ص ٦٥ وما بعدها . وحدى راغب - رسالة ص ٢٤ - القطب طلبية - رسالة ص ٤٤ عبد الباسط جيعى - المقالة ص ٦١٧ وما بعدها .

بعد ذلك اتخذت فى إصداره اجراءات معينة أو لم تتخذ ، أو روعى فيها أشكال محددة أو غير ذلك . فمضمون العمل هو الذى يحدد طبيعته ، ولا بد من الرجوع - فى نظره - الى المشرع وحدده لمعرفة هذا المضمون ، أى لمعرفة ما اذا كان المشرع يضيف على عمل جهة معينة قوة فى ترتيب الحقيقة القانونية أم لا .

وقد وجدت هذه النظرية من يؤيدها فى الفقه الايطالى وبصفة خاصة الفقيه الوريو (٣٥) الذى اتخذ من الحجية القضائية *Cosa giudicata* معيارا لتمييز العمل القضائى ، بعد أن هاجم كل المعايير الغائية والتي فشلت فى نظره فى تمييز العمل القضائى .

٢٧ - نقد هذه النظرية :

ركزت هذه النظرية على أهمية ما يترتب على العمل القضائى من آثار ، وأهمها حجية الأمر المقضى الذى تقتضيه بالفعل وظيفية القضاء ، إلا أن اتخاذ هذا الأثر معيارا وحيدا لتمييز العمل القضائى أمر محل نقد من جانب الفقه ، إذ أن هذه النظرية قد خلطت بين العمل وطبيعته وبين ما يترتب من آثار قانونية ، إذ أن تلك الآثار القانونية تكون لاحقة بالضرورة على العمل ذاته ، وعلى ذلك فيجب الاهتداء أولا الى طبيعة العمل وجوهره حتى يمكن ترتيب آثاره وتحديدها . وعلى ذلك تكون النظرية قد وقعت فى خطأ منهجى فى هذا الصدد (٣٦) . ومن ناحية أخرى فإن أنصار هذه النظرية قد اعتمدوا

Allorio Enrico. Saggio Polemico Sulla giurisdizione Volontaria, in "sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato 1957. P. 30 seg. Sandulli A. Funzione pubbliche neutrali e giurisdizione, R.D.P. 1964 P. 200.

(٣٦) سوليس وبيرو - بند ٧٣ ص ٤٣٣ . فنسان - بند ٦٨ ص ٨٩ . وجدى راغب ص ٣٠ فالتيكوس - رسالة - بند ٦ ص ١٠ ابراهيم سعد ص ٦٤ .

فى بناء رأيهم على ارادة المشرع وهى ولا شك تمثل عنصرا خارجيا عن العمل (٣٧) . ومن ناحية ثالثة فان ربط الطبيعة القضائية للعمل بالحجية القضائية يؤدى الى اخراج التنفيذ الجبرى من عداد الاعمال القضائية وذلك على ضوء ما ذهب اليه الفقيه الايطالى الوريو من اعتبار التنفيذ من قبيل الاعمال الادارية نظرا لانه لا يرتب الحجة القضائية ، هذا فى الوقت الذى أصبح التنفيذ يمثل نشاطا قضائيا ، ويعد صورة من صور الحماية القضائية (٣٨) .

الفرع الثانى

الاتجاه الموضوعى

٢٨ - مضمون هذا الاتجاه :

اذا كانت المعايير الشكلية لم تفلح فى تمييز العمل القضائى عن غيره من الاعمال الادارية ، فان محاولات الفقه لم تتوقف عند هذا الحد ، بل اتجهت محاولاتهم نحو البحث فى طبيعة العمل ذاته فى محاولة للتعرف على طبيعته أو مكوناته الجوهرية . ورغم اتفاق انصار هذا الاتجاه على ضرورة الاتجاه بالبحث نحو طبيعة العمل القضائى الذى يمكن اتخاذه معيارا لتمييزه عن غيره من الاعمال .
فخلدنا مع ذلك فى الاعتماد على أى من العناصر الموضوعية للعمل القضائى الذى يمكن اتخاذه معيارا لتمييزه عن غيره من الاعمال .
فمنهم من ذهب الى ضرورة البحث فى عناصر العمل القضائى ، ومنهم من ذهب الى ضرورة البحث فى غايته . وحتى بالنسبة لانصار الغاية فلم يتفقوا على مفهوم لها فهل هى الغاية الاجتماعية أم الغاية القانونية .

ونستعرض فيما يلى أهم النظريات التى قيل بها فى هذا الخصوص .

(٣٧) فزيور - ص ٧٧ - ٧٨ - القطب ص ٥١ . وحدى راغب

ص ٢١ . ابراهيم سمعة ص ١٢١ .

(٣٨) فتوى والى - قانون القضاء المدنى ص ٤٦ .

أولا - معيار مكونات العمل القضائي

٢٩ - مضمون النظرية :

تنسب هذه النظرية الى الفقيه الفرنسي الكبير دوجي (٣٩) ،
والذى أخذ - فى سبيل الوصول الى معيار لتمييز العمل القضائي -
فى البحث فى مكونات هذا العمل أو عناصره *structuré de acte*
والذى رأى فيه عمل قانونى مركب من عناصر ثلاثة ، يقدم فيه القاضى
الحل لمسألة قانونية عرضت عليه (٤٠) .

العمل القضائي فى نظر دوجي يتكون من عناصر ثلاثة هى (٤١) :
- ادعاء *prétention* بمخالفة القانون ، مقدم الى القاضى
من صاحب المصلحة يطلب حلا لمسألة قانونية *question de droit*

- تقرير *Constation* وهو التقرير الذى يعده القاضى -
متقيدا بحكم القانون وما يتضح له من الوقائع المقدمة من صاحب الشأن -
منتهيا فى تقريره الى وجود أو عدم وجود مخالفة للقانون ، بمعنى
أن القاضى يقدم فى التقرير الحل للمسألة القانونية المعروضة عليه .
وهذا الحل يتمتع بقوة الحقيقة القانونية .

- قرار *décision* وهو النتيجة المنطقية لما وصل اليه
القاضى فى تقريره لحل المسألة القانونية . ومن ثم يرتبط هذا القرار
بالتقرير ارتباطا منطقيا لا يقبل التجزئة . ويعد القرار عملا اراديا
للقاضى مقيدا بما انتهى اليه فى تقريره .

Duguit L. *Traité de droit constitutionnel* 3e ed. 1928 (٣٩)
p. 418 ets. — *l'acte administratif et l'acte juridictionnel*, R.D.P. 1906
P. 413 la fonction juridictionnelle. R.D.P. P, 165 et suiv.

وقد أخذ بهذه النظرية كل من لاباند وشالويا والذين راوا ان الحكم
القضائي عبارة عن حكم منطقي يتمثل فى مقدمة كبرى وهى القاعدة
العامة ومقدمة صغرى وهى الحالة الخاصة المعروضة ونتيجة تتمثل فى
قرار القاضى (انظر عرضا لها فى رسالة وجدى راغب . ص ٣٢) .
(٤٠) دوجي - القانون الدستورى ص ٤٢٣ - ٤٢٤ بند ٢٨ .

(٤١) انظر دوجي القانون الدستورى - ج ٢ ص ٤٢٣ وما بعدها
بند ٢٨ . الوظيفة القضائية ص ١٦٩ وما بعدها . وانظر فى عرض نظرية
دوجي • فزيوز - ص ٨١ • لابيويه - مقالة ص ٣٠ سوليس وبيرو ص ٤٣٦
وجدى راغب - رسالة ص ٣٣ وما بعدها • عبد الباسط جيمى ص ٦٢٦ •
قنسان ص ٧١ ص ٩١ - ٩٢ ابراهيم سعد - بند ٦١ ص ٦٧ وما بعدها •

٣٠ - نقد هذا المعيار :

وإذا كان الفضل يرجع الى الفقيه دوجى فى لفت الانتظار الى ضرورة البحث فى مكونات العمل القضائى فى محاولة لتمييزه ، الا أن هذا لا يعنى أنها كافية لتحقيق هذا الغرض . اذ وجهت اليها الانتقادات الآتية :

١ - أدخل دوجى الادعاء ضمن مكونات العمل القضائى . وهذا منتقد من عدة وجوه :

- يعتبر الادعاء عنصرا خارجيا عن العمل القضائى ، وسابقا عليه ، لأنه مقدم من صاحب الشأن فكيف يعتبر مع ذلك ضمن مكونات العمل القضائى ؟ (٤٢) .

- يقدم الادعاء من صاحب المصلحة ، وقد يكون شخصا خاصا ، فكيف يمكن اعتباره عنصرا فى عمل عام هو العمل القضائى (٤٣) .

٢ - لا يعد هذا المعيار معيارا حاسما للعمل القضائى ، اذ قد تتوافر هذه العناصر مجتمعة فى عمل من الأعمال الادارية ، دون أن تكون أعمالا قضائية لذلك ، مثل القرارات الصادرة فى التظلمات المقدمة من أصحاب الشأن فى القرارات الادارية ، اذ تقوم الادارة

Giullien R. l'acte juridictionnel et la autorité de la chose (٤٢)
jugéc. Thése Bor. 1931 P. 114. . وجدى راغب ٣٦ . ٣١ ولامبويه ص

(٤٣) فتعى والى - قانون القضاء المدنى ص ٤١ .

بتقديم الحل لمسألة قانونية معروضة عليها (٤٤) . ومن ناحية أخرى فقد تكون هناك أعمال قضائية بالمعنى الصحيح بالرغم من أنها لا تتكون من هذه العناصر مجتمعة . مثل الأحكام الصادرة برفض طلبات المدعى ، وكذلك الأحكام التقديرية ، لأن هذه الأحكام لا تشتمل على قرار ملزم يلحق بالتقرير ويكون معه كلاً منطقيًا لا يقبل التجزئة (٤٥) ، (٤٦) .

٣ - ينحصر دوجى عمل القاضى فى عملية ذهنية مجردة تتمثل فى تقديم الحل لمسألة قانونية ، وهذه غاية مباشرة للعمل القضائى . وإذا كان تطبيق القانون فى الأصل لا يعد غاية فى ذاته ، فإن هذا لا يتفق وقول دوجى بأن حل المسألة القانونية هو غاية العمل القضائى . فضلاً عن أن القاضى لا ينحصر عمله فى هذه العملية الذهنية فى حل مسائل القانونية ، إذ أن القاضى كثيراً ما يقوم بحل مسائل عملية واقعية (٤٧) .

(٤٤) أنظر سوليس وبيرى - المرجع السابق بند ٤٧٨ . جيليان - المرجع السابق ص ١١٤ . إبراهيم سعد ص ٧٠ . لامبوى ص ٣٥ . فالتيكوس ص ١٧ .

(٤٥) بونار - التصور المادى للوظيفة القضائية سنة ١٩٣٣ ص ٤٤ وأشار إليه فى سوليس وبيرى الجزء الأول ص ٤٣٧ .

(٤٦) غير أن بعضاً من مؤيدى دوجى قسد ردوا على الاعتراض بقولهم ، أن هذه الأحكام إنما تتضمن قراراً ملزماً يقضى بالزام المدعى بعدم معاودة المنازعة مرة أخرى (لامبويه - المقالة ص ٣٣ . عبد الباسط جيمعى - سلطة القاضى الولائية بند ١٠٩ ص ٦٢٧) . والرد على ذلك يكمن فى أن عدم معاودة النزاع فيها قضى فيه الحكم الصادر بالرفض ، لا يعود إلى هذا القرار الملزم المتضمن فيه ، وإنما يعود إلى فكرة الحجة القضائية والنسبة للأحكام القضائية . أما بالنسبة للأحكام التقريرية فيرى أنصار دوجى بأنها رغم عدم قابليتها للتنفيذ فإن هذا لا يعنى أنها خالية من عنصر الإلزام (أنظر عبد الباسط جيمعى - سلطة القاضى - المشار إليه ص ٦٢٧ وهامش (٣)) .

(٤٧) أنظر إبراهيم سعد - المرجع السابق ص ٧٠ .

ثانيا - معيار الغاية (٤٨)

١ - الغاية الاجتماعية (حسم المنازعات) :

٣١ - ذهب فريق من الفقهاء الى ضرورة البحث في غاية العمل القضائي ، وراوا أن الغاية التي يستهدفها نشاط القضاء في الدولة انما هي غاية اجتماعية معينة . تتمثل في نظر البعض في تحقيق المصالح الخاصة (٤٩) التي يحميها القانون ، أو في المصلحة العليا للجماعة في الحالة الخاصة في نظر البعض الآخر (٥٠) . الا أن الرأي السائد يتجه الى القول بأن هذه الغاية تتمثل في حسم المنازعات بين الناس . فالقضاء في نظر هذا الرأي (٥١) هو الفصل في المنازعات وفقا للقانون . وذلك محافظة على السلام الاجتماعى . وعلى ذلك فالعمل القضائي يكون قضائيا ان كان فاصلا في خصومة أى في نزاع . ويكون اداريا اذا لم يكن فاصلا في نزاع . ويخلص انصار هذا الاتجاه الى أن وظيفة القضاء انما تكمن في فض المنازعات بين الناس .

(٤٨) انظر ، وجدى راغب - مبادئ ، ص ٢٥ ، ٢٦ ، رسالة ص ٣٦ وما بعدها .

(٤٩) من انصار هذا الاتجاه زلنوكى - ج ١ ص ٦٠ وما بعدها بند ٧ . روكو الفريديو - الحكم المدني بند ٤ . عبد الباسط جبيى - قانون الاجراءات المدنية ١٩٦٦ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ . انظر في عرض هذا الرأي ونقده وجدى راغب رسالة ص ٣٧ - ٣٨ .

(٥٠) وهذه هي نظرية الفقيه الايطالى ياجرا في قانون الاجراءات المدنية في طبعته الثانية ١٩٤٣ ص ٤٨ ، ٤٩ وانظر عرض هذا الرأي في وجدى راغب - رسالة ص ٣٩ - ٤٠ .

(٥١) جارسونيه وسيزاريو - ج ١ بند ٤ ، ٥ . جلاسون وتيسيه وموريل ج ١ بند ٨ . جانيو بند ٤٧ سوليس وبيريو بند ٨ Mortara L. Principi di procedura civile, 1895 p. 24 et seg. Carnelutti F. Sistema del diritto processuale civile, V. I. 1936 p. 7 Diritto e processo in Trattato del processo civile, 1958 p. 17.

محمد وعبد الوهاب المشماوى ج ١ بنسب ١٧٤ ص ٢١٧ - أبو هيف ص ١١٥ بند ٩٤ - محمد حامد فهمى ص ١٦ . عبد المنعم الشراوى . شرح بند ٦٩ ص ١١٥ - ١١٦ رمزى سيف ص ٧ . احمد مسلم - اصول بند ٢١ ص ٢١ .

ومع اتفاق أنصار هذا الرأي على أن العمل القضائي يدور مع المنازعة وجودا وعدمها ، فإنهم اختلفوا حول تحديد مفهوم محدد للمنازعة وفكرتها ، فقد صورها البعض على أنها نزاع بين أشخاص حول حقوق شخصية متعارضة (مسارى ، ورائيليتى) بينما صورها البعض على أنها ادعاءات متعارضة تمثل نزاعا حقيقيا بين الارادات الأمر الذى يعكر السلام الاجتماعى (مورتارا وهوريو) (٥٢) . ومن ثم يتدخل القضاء لحل المنازعة Contestation لاعادة السلام الاجتماعى (٥٣) .

الا أن البعض (٥٤) . قد صور المنازعة ، تصورا شكليا ، وهى تتمثل فى نظرهم فى اجراءات الخصومة التى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقية Contestation أم لا . الا أن الفقه الحديث قد اكتفى بمجرد وجود نزاع litige حول مصلحة معينة ولو لم تصل الى حد المنازعة حول مركز قانونى معين ، فيرى الفقيه الايطالى كارنيلوتى (٥٥) أن النزاع عبارة عن

(٥٢) أنظر عرضا لصور المنازعة فى زانزوكى ج ١ بند ٨ ص ٨ .
عبد الباسط جيمعى - السلطة الولائية ص ٦٢٢ وحدى راغب ص ٥٢ وما بعدها .
للمؤلف الموجز ص ١٥ - ١٧ . وانظر مقالة هوريو
Houriou M., les éléments du Contentieux, Recueil de legislation de
Toulouse 1905 p. 23 et seq.

(٥٣) أنظر هيبرو - العمل القضائى - المقالة السابقة ص ١٣١ وما بعدها .

(٥٤) اذ يذكر البعض أنه يكفى أن تكون مصلحة المدعى قد تعرضت للأذى أو المساس بها بسبب موقف معين من خصمه ، سواء كان هذا الموقف ايجابيا أو سلبيا ، مما يعطل ممارسة الحق (سوليس وببيرو - ج ١ ص ٤٣٩) . وقد ذهب البعض الى أن مجرد وجود الشك يؤدى الى شبهة المنازعة فيتدخل القضاء لازالة هذا الشك (شومو - فكرة العمل القضائى - المشار اليه ص ٩٣ . وانظر عرض هذا الرأى فى عبد الباسط جيمعى - سلطة القاضى الولائية ص ٦٢٣) .

Carnelutti F. Sistema del Diritto. processuale Civile, (٥٥)
Padova 1936 V. I. p. 40. Isitituzione del processo civ. Roma 1956 V. I.
p. 5 et seq.

Diritto e Processo in trattato 1958 p. 1, — 19.

تنازع فى المصالح تتخذ شكل تنازع بين ارادتين ، ادعاء من جانب يقابله مقاومة من الجانب الآخر ، وتتخذ هذه المقاومة صورة الاعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها . وتظهر هذه المقاومة فى مجسرد معارضة ، وبذلك تكون القاعدة القانونية الموجودة سلفا قد فشلت فى حل هذا التنازع الأمر الذى يتطلب تدخل القضاء لحله حلا عادلا وفقا للقانون (٥٦) .

٣٢ - نقد معيار المنازعة :

برغم ذبوع هذا المعيار وانتشاره فى الفقه والقضاء المقارن الا أنه مع ذلك لم يسلم من النقد . فقد وجه الفقهاء اليه الانتقادات الآتية (٥٧) :

١ - أن هذه النظرية لم تقدم تعريفا محددا للقضاء ووظيفته ، اذ انها لا تصلح لكل أنواع القضاء .

فهى لا تصلح بالنسبة للقضاء الجنائى ، لانه لا يحصل نزاعا بين النيابة العامة (ممثل الادعاء فى المجتمع) والمتهم حول وجود الجريمة وعقوبتها ، لانه لو كان الأمر غير ذلك لأمكن الاتفاق مقدما بينهما على حل هذا النزاع (٥٨) . ومن ناحية أخرى فقد يعترف المجرم بجريمته ومع ذلك تقضى المحكمة بمعاقبته بالعقوبة المقررة وتصدر حكمها بادانته والذى يعد ولا شك عملا قضائيا بالمعنى الفنى بالرغم

(٥٦) انظر عرضا وافيا لراى كارنيلوتى ، فتضى والى فى مناهج البحث فى قانون المرافعات - مستخرج من مجلة مصر المعاصرة - ١٩٦٧ بند ٢٧ ص ٤٧ - ٥٠ .

(٥٧) انظر فى نقد هذا الراى محمود هاشم استنفاد ولاية التأخى المدنى - ١٩٨٠ ص ١٥٥ وما بعدها بند ٥٨ .

(٥٨) انظر فتضى والى ، الوسيط - ص ٣٢ . مناهج البحث ص ٥٦ .

من عدم وجود منازعة بين المتهم والنيابة العامة (٥٩) . ومن ناحية
ثالثة فانه قد بات فى حكم المسلم به أن النيابة العامة ليست خصما
حقيقيا ، وانما مجرد خصم شكلى الأمر الذى يوجب عليها تفويض
الأمر الى المحكمة والمطالبة ببراءة المتهم متى اقتنعت بذلك (٦٠) .

- وهى لا تصلح ثانيا بالنسبة للقضاء الادارى . حيث لا يفصل
فى نزاع بين الادارة والموظف فى دعوى الغاء القرار الادارى ، اذ أن
طلب الالغاء يوجه الى القرار ذاته وليس الى الادارة والتى يوجب
عليها المشرع أن تكون دائما مع الشرعية . ومن هنا يكون الخصم
فى دعوى الالغاء هو القرار وليس الادارة (٦١) .

- وهى لا تصلح ثالثا حتى بالنسبة للقضاء المدنى : فقد يباشر
هذا القضاء وظيفته دون أن يكون هناك نزاعا معينا ، وأعماله الصادرة
عنه فى هذه الحالات تعتبر أعمال قضائية بالمعنى الدقيق . مثل الأحكام
التى تصدر بناء على اتفاق الخصوم مثل الصادرة ببطلاق الزواج أو
التطليق عند غير المسلمين . اذ أن اتفاق الزوجين على البطلاق أو
الطلاق لا يكفى بذاته لتوقيع البطلاق أو الطلاق وانما لابد من
صدور حكم من القضاء بذلك ، ويعتبر الحكم حكما قضائيا بالرغم
من عدم وجود منازعة . وكذلك الأحكام الصادرة فى غيبة أحد
الخصوم (المدعى عليه) ، فتصدر هذه الأحكام قبل التعرف على
موقف المدعى عليه فى الدعوى ، وقبل التعرف على ما اذا كان منازعا
أو مقرا بطلبات المدعى . وكذلك الأوامر القضائية بالاداء والتى
تصدر فى غير اجراءات الخصومة وفى غيبة المدعى عليه ، والتى تعتبر
أيضا أعمالا قضائية بالمعنى الدقيق . ومن ناحية أخرى فان القضاء

-
- (٥٩) زانزوكى - ج ١ ص ٨ بند ٩ . الفريديروكو - الحكم المدنى
ص ١٠ . وجدى راغب فهمى مذكرات فى مبادئ القضاء المدنى ١٩٧٦
ص ٢٤ . أوجو روكو - ج ١ ص ٥٥ .
(٦٠) وجدى راغب - رسالة ص ٥٢ .
(٦١) عبد الباسط جيمعى - السلطة المشار اليها ص ٦٢٢ وهامش
(١) . وجدى راغب مذكرات ص ٢٤ رسالة ص ٥٢ . سوليس وبيرو
ص ٤٨٠ ، لامبويه ص ٢٠ .

يقوم بإضفاء الحماية التنفيذية للحق ، وهي تعتبر صورة من صور الحماية القضائية . ويتم ذلك حيث لا منازعة بين الخصوم إذ أن التنفيذ لا يكون إلا بالنسبة لحق لم يعد محلا للنزاع ، بل حق مؤكد فى وجوده ومقداره (٦٢) .

٢ - لا يستأثر القضاء بفض المنازعات أو حلها :

إذا كان القضاء - فى نظر هذه النظرية - يقوم بحل المنازعات بين الأفراد . وأن أى عمل يكون حاسما لمنازعة يكون عملا قضائيا فإن هذا قول غير صحيح ، إذ أن القضاء لا يستأثر بهذه المهمة ، فقد تقوم سلطات أخرى بحل المنازعات عن طريق أعمالها ، ومع ذلك فلا تعتبر هذه الهيئات قد مارست وظيفة القضاء أو أصدرت أعمالا قضائية . فقد تقوم الإدارة بحل بعض المنازعات بين الأفراد بقرارات منها لا تعتبر قضاء كما تتولى هيئات التحكيم والافتاء بتقديم الحكم أو الفتوى التى يتم بها حل النزاع ، ومع ذلك فلا تعتبر أعمال المحكمين أو دار الافتاء من قبيل الأعمال القضائية (٦٣) .

٣ - عدم اعتبار المنازعة شرطا لقبول الدعوى :

إذا كان القضاء يرتبط بالمنازعة ، فكان لابد أن يجعل المشرع منها شرطا لقبول الدعوى حتى يتم الحصول على حكم بفض هذا النزاع . ولكننا لم نسمع ولم نقرأ أن أحدا قال بهذا ولا مشرعا نص على اعتبار المنازعة شرطا لقبول الدعوى ، فقد حددت التشريعات المختلفة ما يشترط لقبول الدعوى أمام القضاء وحددتها بشروط المصلحة والصفة وعدم سبق الفصل فيها ولم يرد ذكر لوجود المنازعة ضمن هذه الشروط ، وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى وبالتالي لا يصدر فيها حكما موضوعيا رغم وجود المنازعة - إذا لم تتوافر شرائط قبولها

(٦٢) فتحى والى ٠٠ ص ٢٢ - الوسيط . مناهج البحث ص ٥٥ -

٥٦ . وجدى راغب - مذكرات ص ٢٥ .

(٦٣) أنظر وجدى راغب - مذكرات ص ٢٥ . فتحى والى -

الوسيط . ص ٣٣ .

مثل المطالبة بدين لم يحل أجل الوفاء به رغم انكار المدين لهذا الدين .
كما قد تقبل الدعوى - رغم وجود المنازعة - ويصدر فيها حكما
مضى توافق شرائط قبولها مثل دعاوى بطلان الزواج أو التطلاق عند
غير المسلمين اذا ما كان هناك اتفاق بين الزوجين على البطلان أو
التطلاق (٦٤) .

٤ - وحتى الفكرة الموضوعية للمنازعة لا تنهض معيارا لفكرة القضاء
القانونية :

اذ ان انصارها ينظرون الى المنازعة على انها ظاهرة اجتماعية
من شأنها تعكير السلام الاجتماعى وتهديده ، ومن ثم يلزم تدخل
القضاء لفض المنازعة وازالة سبب تعكير السلام الاجتماعى . وهم
بهذه الفكرة انما يوجهون الانتظار الى دور القضاء فى اقرار السلام
الاجتماعى فى المجتمع . وهى ولا شك فكرة اجتماعية وليست فكرة
القضاء القانونية (٦٥) . ومن ناحية أخرى فان القضاء لا يستهدف
مباشرة تحقيق السلام الاجتماعى وانما يستهدف فحسب إيجاد الحل
العادل وفقا للقانون للمسألة المعروضة عليه . بغض النظر عن اقرار أو
عدم اقرار السلام الاجتماعى . فهدف القضاء المباشر هو تحقيق
القانون فى الواقع ، وهو ما قد يؤدي الى اقرار السلام الاجتماعى .
الا ان ذلك يبقى مجرد احتمال نظرى بحث قد لا يوجد دليل أكيد
عليه ، اذ قد تستمر المنازعات بين الخصوم بعد صدور الحكم وحتى
بعد تنفيذه بل قد تزداد الاحقاد والمنازعات بين الخصوم بسبب الحكم
القضائى .

(٦٤) وجدى راغب - مذكرات ص ٢٥ . رسالة ص ٥٣ - ٥٤ .
محمود هاشم - استفاد ولاية القاضى الحنى ص ١٥٨ . عكس ذلك
محمد عبد الخالق عمر . والذى استبدل بفكرة المصلحة فكرة المنازعة .
انظر رسالته

La notion d'irrevocabilité en droit judiciaire privé, Thèse Paris 1957
p. 106.

(٦٥) كيوفندا - نظم ج ١ ص ٣٩ . أوجو روكو - ج ١ ص ٦١ -

وحتى لو سلمنا جدلا بأن القضاء يعمل على اقرار السلام الاجتماعي في المجتمع ، فان ذلك ليس هدف القضاء فحسب ، وانما هو هدف تستهدفه كل أجهزة الدولة ، فالمشرع قد يتدخل لاعادة و اقرار السلام الاجتماعي باصدار تشريعات معينة في هذا الخصوص كما أن الدولة عن طريق أجهزتها الادارية تقوم بفض المنازعات تحقيقا للسلام الاجتماعي في حالات معينة (٦٦) .

معايير الغاية القانونية

٣٣ - مضمون هذه المعايير :

ازاء الانتقادات العديدة الى النظريات التي اتخذت من الغاية الاجتماعية معيارا لتمييز الوظيفة القضائية ، فقد ذهب الرأي الغالب الى ضرورة البحث في غاية القضاء القانونية . الا انهم قد اختلفوا في تحديد هذه الغاية فمنهم من وجدها غاية ذاتية *but subjective* تتمثل في حماية الحقوق الخاصة (٦٧) . ومنهم من وجدها غاية موضوعية تتمثل في تطبيق القانون على الحالات الخاصة (٦٨) ،

(٦٦) انظر وجدى راغب - مذكرات ص ٢٤ . رسالة ص ٤٩ - ٥١ .
(٦٧) وتخلص هذه النظرية الى أن القضاء انما يقوم بوظيفته حماية للحقوق الخاصة او الشخصية عند الاعتداء عليها أو المنازعة حولها وهذا ما ذهب اليه اغلب الفقه التقليدى مثل محمد حامد فهمى ص ١٦ .
جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٢٩ . وساتنا في قانون الإجراءات المدنية *Satta Salvatore, Diritto processuale Civile, 1959, p. 6 - 8 No. 2.*

وقد اعتبر زانوكي أن ذلك يعتبر غاية غير مباشرة للقضاء . ج ١ ص ١١
وهو نفس ما قال به كل من Gerber, Hellwig. Kisch, Simoncelli
مشار إليهم في أوجوروكو ج ١ ص ٥١ بند ٨ . وانظر في عرض هذا الرأي ونقده أوجوروكو - ص ٥٢ بند ٨ . لامبويه - فكرة العمل القضائي - ص ١٤ - ١٩ . وجدى راغب - رسالة ٥٧ - ٦٢ .

(٦٨) مؤدى هذه النظرية أن القضاء يقوم بتطبيق القانون *application du Droit* في الحالات الخاصة المعروضة عليه ،
فالقضاء معناه تقرير القانون أى قول كلمة القانون *dire le droit* على الحالات الواقعية المعروضة عليه . من انصار هذه النظرية موريل -

ومنهم من وجدها فى رقابة الشرعية *Contrôle de la legalité* (٦٩) ،
ومنهم من وجدها فى تحقيق القانون *Atuazione del diritto*
ومنهم من وجدها أخيرا فى ازالة عوارض النظام القانونى .

ونكتفى فى هذا الصدد بالقاء بعض الضوء على النظريتين
الأخيرتين وهما نظرية تحقيق القانون ، وازالة عوارض النظام
القانونى ، بادئين بالاولى :

٣٤ - أولا : نظرية تحقيق القانون :

تذهب النظرية السائدة فى الفقه الايطالى (٧٠) الى أن غاية
القضاء انما تتمثل فى تحقيق القانون فى الواقع الفعلى ، أو نفاذه
العملى . وهذا هو ما يميزه عن الوظيفة التشريعية التى تقوم بدورها
فى الحماية القانونية عن طريق ما تصدره من قواعد عامة مجردة ،

ص ٧٧ - ٧٩ بند ٧١ . وكذلك الفقهاء Wach. Schmidt Betli. Raselli
مشار اليهم فى أوجوروكو ص ٥٢ بند ٨ ، والفقيه ليريو فى رسالته المشار
اليها فى وجدى راغب - رسالة ص ٦٢ . انظر عرض هذه ونقدها فى
وجدى راغب - رسالة ص ٦٢ وما بعدها . أوجوروكو - ص ٥٢ - ٥٤ .
(٦٩) وهى النظرية التى قال بها جيليان فى رسالته عن المعلن
انقضاءى وحجية الأمر المقضى - المشار اليها ص ٣١ - ٦٠ وما بعدها .
ويرى أن العمل القضائى كغيره من الأعمال التنفيذية الأخرى يقوم
بحل مسألة قانونية ، ولكنه يختلف عنهم فى أن المسائل التى يقوم بحلها
تتعلق بمخالفة القانون ومن ثم فان دوره يتمثل دائما فى حل مسألة
الشرعية . انظر عرض هذا الراى وجدى راغب - رسالة ص ٦٥ - ٦٨ .

Zanzucchi, *Dir. Proc. civ.* V.I. p. 11 No. 11 Micheli, (٧٠)

Corso di diritto processuale civile, I 1959 p. 3.

Chiovenda *principi di diritto processuale civile* 1965 p. 309 Redenti

Enrico, *Dir. Proc. Civ.* V.I. p. 3 et seg.

Liebman. *Manuale di diritto processuale civile*, I. p. 3. No 1

Libari F.G. *lezioni di diritto processuale civile* 1961 p. 4 Calamandrei

P. *istituzioni di diritto proc. civ* 1941 p. 44.

وأيضاً ما يميز القضاء عن الإدارة في أن الأخيرة إنما تقوم بنشاطها تحقيقاً لمصالحها الذاتية بعكس القضاء الذي لا يعمل لتحقيق مصلحة ذاتية له ، وإنما يستهدف فحسب تحقيق النظام القانوني في الدولة .

ولكن لما كانت الإدارة في نشاطها تقوم هي الأخرى بتحقيق القانون فقد قدم الفقه الإيطالي ضوابط معينة للتمييز بين نشاط الإدارة ونشاط القضاء (٧١) ، وكان من أهم ما قيل به في هذا الخصوص فكرة الحلول التي قدمها الفقيه الكبير كيوفندا .

٣٥ - مضمون فكرة الحلول :

ذهب مؤسس المدرسة الإيطالية الحديثة الفقيه العالم Chiovenda الى أن القضاء والإدارة كلاهما يقوم بتطبيق القانون وتحقيقه ، إلا أن الذي يميز بينهما هو أن الإدارة تقوم بتطبيق قواعد القانون لأنها ملتزمة بتطبيقه ، فهي وجهة إليها مثلاً في ذلك مثل سائر مخاطبين بالقانون ، وهي ملزمة مثلهم باحترام القانون وتطبيقه في حين أن القضاء يقوم بتحقيق القواعد القانونية الموجهة الى الأفراد والذين لم يحترموا هذه القواعد .

(٧١) من هذه الضوابط ما قيل به أن القضاء لا يكون طرفاً في الوقائع المعروضة عليه في حين أن الإدارة تكون طرفاً ذا مصلحة في الروابط والوقائع التي تكون محلاً لأعمالها . أما القاضي فيكون طرفاً محايداً وهذا هو ما يميز وظيفة القضاء (انظر في عرض هذا الرأي ومن قالوا به . وجدي راغب ص ٧١ - رسالة) ومن الضوابط التي قيل بها في هذا الصدد ما قال به الفقيه رونتي في مقالة له بعنوان intorno al concetto di giurisdizione pubblicata in scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo, V. I. 1962 p. 229 — 245.

ويرى رونتي أن القضاء إنما يهدف الى ضمان النفاذ العملي للقانون عن طريق ما يقوم به من أعمال قضائية *giurisdizione contenziosa* مطبقة للجزاءات *sanzioni* المقررة في القواعد التي يتم مخالفتها (انظر المقالة ص ٢٣٤ وما بعدها . انظر عرضاً لذلك محمود هاشم - استنفاد ص ١٦٣ .

وبعبارة أخرى ، فإن القضاء يقوم بتطبيق القانون بدلا من الأفراد حالا بذلك محلهم ويخلص الى أن وظيفة القضاء تتمثل فى تحقيق القانون عن طريق حلول نشاطها محل نشاط الأفراد المخاطبين بالقانون . ويستطرد كيوفندا ويقول أن هذا الحل لا يقتصر على قضاء التحقيق *Processo di cognizione* وانما يمتد الى التنفيذ *esecuzione* ففى قضاء التحقيق يحل النشاط الذهنى - حلولا نهائيا وملزما - محل النشاط الذهنى للأفراد ، لا الخصوم فحسب ، بل كل المواطنين ، وذلك فى تأكيد وجود أو عدم وجود ارادة خاصة للقانون تتعلق بهم ، أما فى قضاء التنفيذ فيحل النشاط المادى للقضاء محل النشاط الواجب لتنفيذ القانون (٧٢) . وهذا ما يميز ما بين التنفيذ الجبرى والتنفيذ الجنائى ، اذ أن التنفيذ الجنائى لا يتحقق أصلا الا بواسطة هيئة عامة ، ومن ثم فلا يعتبر لذلك تنفيذا قضائيا ، اذ لا حلول فيه لنشاط عام محل نشاط خاص . أما التنفيذ الجبرى فانه يتحقق أصلا بارادة الخصوم ، فاذا لم يتم ذلك اختيارا من قبل الأفراد ، فتتدخل الدولة عن طريق القضاء لتنفيذ ارادة القانون ، اما عن طريق اجبار الخصوم بالقيام بهذا النشاط ، واما عن طريق قيام الدولة به بدلا من الأفراد (٧٣) .

ويخلص كيوفندا الى أن هذا الحل هو الذى يميز نشاط القضاء عن نشاط الادارة ، والتى تقوم بتحقيق القانون لأنها ملتزمة بتحقيقه ، وهى عندما تقوم بذلك فانما تعمل لحسابها وتحقيقا لاهدافها الذاتية ، وينتهى كيوفندا الى القول بأن نشاط الادارة انما يعد نشاطا أوليا وأصليا بينما يكون نشاط القضاء مجرد نشاط ثانوى (٧٤) .

(٧٢) انظر كيوفندا ٠٠ مبادئ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ .

(٧٣) كيوفندا - مبادئ ص ٢٩٧ - ٢٩٨ .

(٧٤) كيوفندا - مبادئ ص ٢٩٨ . وانظر فى عرض نظرية كيوفندا

- وجدى راغب - رسالة ص ٧٠ - ٧١ .

٣٦ - نقد نظرية الحلول :

لأقت نظرية الحلول هذه رواجاً في الفقه الايطالى (٧٥) ووجدت من يدافع عنها في الفقه المصرى (٧٦) . الا أن ذلك لم يشفع لها في أن تكون معياراً حاسماً للقضاء ووظيفته أذ وجهت اليها العديد من الانتقادات والتي يمكن تلخيصها فيما يلى :

- تؤدي هذه النظرية الى مساواة عمل القضاء بعمل الخصم أو الفرد المخاطب بالقانون من حيث الطبيعة وترتيب الآثار ، لأن النظرية تجعل من نشاط القضاء مجرد نشاط بديل لنشاط الفرد المخاطب بالقانون ، اذ أن القضاء يحل بنشاطه محل الفرد في تنفيذ ارادة القانون . مع أنه من المسلم به أن العمل القضائى يختلف في طبيعته عن عمل الفرد ، الأمر الذى يؤدي الى انفراد العمل القضائى بالقدرة على ترتيب آثار قانونية معينة لا يستطيع غيره ترتيبها ، مثل حجية الأمر المقضى التى ترتبها أحكام القضاء الموضوعية (٧٧) .

- لا يجمع هذا المعيار كل أنواع القضاء ، فيخرج عنها القضاء الوقتى ، حيث لا حلول فيه محل نشاط الأفراد ، وأن القضاء الوقتى لا يتحقق أصلاً الا بنشاط القضاء فالحكم بالحراسة على مال متنازع عليه مثلاً ، وهو حكم قضائى وقتى ، لا جدال فى ذلك ، يصدر من القاضى ، ولا يحل فيه القاضى محل المدعى عليه فى تحقيق ارادة القانون ، اذ أن المدعى قبل الحكم بالحراسة ، لم يكن له قبل المدعى

(٧٥) مثل زانوكى - ج ١ ص ١٢ وما بعدها بند ١١ . أوجوروكو ج ١ ص ٤٩ - ٥٠ بند ٦ ليمان - موجز ج ١ ص ٤ - ٥ بند ١ لبارى - ديوس ص ٤ - ٥ كوستا ص ٧٧ بند ٣٥ وكذلك
Piero Calamandrei, limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza Civile, in studi sul processo civile V. I, p. 233.

روكو الفريديو - الحكم المدنى - المشار اليه ص ٨ .
(٧٦) انظر فى النفاذ عن هذه النظرية - فتحى والى - الوسيط ص

٣٥ - ٣٦ .

(٧٧) أنظر وجدى راغب . رسالة ص ٧٢ .

عليه حق الحراسة والذي رفض المدعى عليه الاعتراف به (٧٨) .
وكذلك الأحكام الصادرة في الطعون الادارية الخاصة برجال القضاء ،
لا يحل فيها القضاء في هذا الخصوص محل الغير (٧٩) .

- كما ان هذا المعيار لا يمنع من دخول أعمال أخرى لا تعتبر
قضاء في فكرة القضاء لأن مصدر هذه الأعمال يحل بنشاطه محل
الغير في تحقيق ارادة القانون ، ومثال ذلك التنفيذ المباشر الذي
تستخدمه الادارة قبل الأفراد لاستئداء حقوقها قبلهم . فالادارة في
هذه الحالات تحل بنشاطها محل الأفراد الذين لم يقوموا بتنفيذ
التزاماتهم قبل الادارة ، ولم يقل قائل بان التنفيذ الادارى يعد من
قبيل القضاء .

٣٧ - ثانيا : ازالة عوارض النظام القانونى :

كشف جانب آخر من الفقهاء عن حقيقة دور القضاء فى الدولة ،
والذى يتمثل فى أن القضاء لا يعمل على النفاذ العادى للقانون ، وانما
يتدخل فحسب فى لحظات المرض التى تطرأ على هذا النفاذ
Stadio patologico ونقطة البدء عند هؤلاء الفقهاء تتمثل
فى تحقيق القانون وتنفيذه وحماية المصالح التى تحميها قواعده ، انما
يتم مباشرة وتلقائيا عن طريق الأفراد . la normale espontanea
attuazione del diritto (٨٠) . الا أن هذا النفاذ التلقائى لا يحدث
غالبا نتيجة لاعتبارات مختلفة ، ومن هنا تطرأ على هذا النفاذ العادى
أمراض تمنع نفاذه الأمر الذى يستوجب تدخل القاضى لعلاج هذه
الأمراض (٨١) .

-
- (٧٨) وجدى راغب - مذكرات - المشار اليه ص ٣٢ .
(٧٩) وجدى راغب - الاشارة السابقة - والرسالة ص ٧٤ .
(٨٠) انظر ، أوجوروكو - ج ١ ص ٣٣ - ٣٤ .
(٨١) انظر ميكيلي ج ١ ص ٤١ - ٤٢ والذي يصف وسائل الحماية
القضائية ، بأنها علاجات قضائية rimedi giurisdizionali
ويقرر أن وظيفة القضاء يباشرها القضاء فى خصومة قضائية ، وأن صور

وقد أوضح الفقيه الفرنسى بونار (٨٢) الأمر ، بعد أن استعرض مختلف ظواهر النظام القانونى ، ووجد أنه بجانب قواعد القانون والحقوق والتصرفات القانونية والمراكز المختلفة ، يوجد ما أسماه بمراكز النزاع . والتي تعتبر مجرد واقعة نزاع موضوعها مسألة قانونية خاصة بتنفيذ القانون تتمثل فى ادعاء نشاط مخالف للقانون ومقاومة من الجانب الآخر تنكر هذه المخالفة . وتظهر هذه الظاهرة كعارض يعترض تحقيق القانون الأمر الذى يتطلب تدخل القضاء لازالة هذا العارض (٨٣) ، تحقيقا للسلام الاجتماعى . والعمل القضائى فى رأيه يعد عملا مركبا من عنصرين تقرير يحسم المنازعة وقرار يكون نتيجة منطقية لتقرير القاضى ، ويقرر أن هذا القرار قد لا يوجد فى بعض الأعمال القضائية . ثم يخلص الى أن العمل القضائى يتميز بحجية الأمر المقضى .

٣٨ - نقد هذه النظرية :

يرجع الفضل الى أنصار هذه النظرية فى إلقاء الضوء على حقيقة الدور الذى يقوم به القضاء فى النظام القانونى ، من أنه دورا استثنائيا لا يقوم الا عند الحاجة ، أى لا يقوم الا عندما يطرا عارض يمنع النفاذ العادى للقانون . ولكن هذا المعيار مع بدايته الصحيحة ولا شك ، عاد وحصر هذه العوارض التى يتعرض لها النظام القانونى فى النزاع . ومن ثم يتعرض لما تعرض له أنصار فكرة المنازعة من نقد . إذ أن عوارض النظام القانونى والتى تستوجب تدخل القضاء

الحماية القضائية لا يجب ان تترك لتقدير القاضى ، وانما ينظمها المشرع والذى يقرر نظم العلاج . ص ٤١ - ٤٢ . وانظر تعريف فراندا لنشاط القضاء فى مؤلفه أهلية القاضى ص ٩٦ - ٩٧ Faranda C. la capacità del giudice 1958 وراجع كلامندريه - المقالة السابقة ص ٢٣٥ .
Bonnard R. la conception materielle de la fonction Juridictionnelle Melargé de malberg. Paris 1933 p. 26 - 29.

(٨٣) انظر فى عرض هذه النظرية - وجدى راغب - ص ٧٦ - ٧٨ .
محمود هاشم - البحث المشار اليه ص ١٦٧ بند ١٤ .

كثيرة ومتنوعة ، فالأمراض ليست كلها واحدة وانما تختلف فى جسامتها باختلاف أنواعها . ومن ناحية ثانية فان بونار قد عاد وقرر أن العمل القضائى عمل قانونى مركب ، فانه بذلك يكون قد دخل فى معيار مكونات العمل القضائى الذى قال به دوجى من قبل ، ويتعرض لما تعرض له من انتقادات (٨٤) .

الفرع الثالث

فكرة الوظيفة القضائية فى رأينا

٢٩ - يجب علينا - ختاماً لكل ما تقدم - أن نحدد موقفنا من كل هذه المحاولات الفقهية التى قيل بها لتعريف الوظيفة القضائية .

ونوضح بداءة أن صعوبة الوصول الى معيار محدد لتمييز وظيفة القضاء عن الوظيفة التنفيذية أو الادارية . انما ترجع اساساً الى غموض الوظيفة القضائية ذاتها ، وانصراف اغلب الفقهاء عنها ، واقتصار محاولاتهم على تعريف الأعمال القضائية وبيان خصائصها والتى تميزها عن الأعمال الادارية . ولا شك أن ذلك يمثل خطأ منهجياً فى البحث العلمى ، لانهم يعرفون الوظيفة القضائية بالأعمال التى تؤدى بها . وهذا منطق عكسى ، إذ أن العمل هو أداة الوظيفة ، ومن ثم فلا يجب أن تستخلص مفهوم الوظيفة من خلال أعمالها الصادرة عنها ، وانما العكس هو الصحيح فوجود وظيفة قضائية متميزة يؤدى بالضرورة الى وجود أعمال يتم بها أداء هذه الوظيفة ، إذ أن وجود الأعمال القضائية هو الذى يؤدى الى استخلاص الوظيفة القضائية (٨٥) . أما العمل القضائى ذاته ، شأنه مثل شأن سائر الأعمال القانونية أو التصرفات ، انما يشتمل تعريفه على كافة عناصره

(٨١) انظر فى هذا كله وجدى راغب - رسالة - ص ٧٧ - ٧٨ .

(٨٥) انظر دراسات العميد فزيور - ص ٩٧ ، وجدى راغب - رسالة

ص ٨٣ - ٨٤ .

ومكوناته ، الموضوعية والشكلية على حد سواء (٨٦) . وعلى ذلك فيجب البحث أولا فى الوظيفة القضائية ، فى طبيعتها ودورها القانونى ، وإذا وصلنا الى مفهوم محدد لهذه الوظيفة ، فانه يمكن بسهولة استخلاص خصائص العمل الذى تؤدى به وظيفة القضاء ، فالعمل أداة الوظيفة . أما اذا تم البدء بتحديد خصائص العمل القضائى - كما فعل أغلب الفقهاء - فان ذلك يعنى التخلّى عن تعريف الوظيفة القضائية (٨٧) . ومن هنا كان لابد من البحث فى الوظيفة القضائية ذاتها ، ماهيتها ودورها القانونى . وتعريف الوظيفة القضائية لابد أن يرتكز على دورها القانونى ، وهذا هو الذى يمثل الأساس المنطقى لتمييز أداة وظيفة القضاء وهى العمل القضائى ، وهو أيضا الذى يستوجب انفراد العمل القضائى بخصائص معينة تميزه عن غيره من الاعمال (٨٨) .

٤٠ - فما هو دور القضاء إذن ؟ :

إذا كنا قد وصلنا الى ضرورة البدء بتعريف الوظيفة القضائية حتى نستطيع أن نميز أعمالها ، وأن الوصول الى هذا التعريف يقتضى بيان دور القضاء بالنسبة للقانون ، وهذا الدور لابد أن يختلف مع دور الوظائف الأخرى للدولة . فلا بد أن نحدد الآن ما هو دور القضاء .

ومن المعروف أن الدولة تقوم بثلاث وظائف كل منها يلعب دورا معيناً بالنسبة للقانون . فالوظيفة التشريعية تتمثل فى انشاء القواعد العامة المجردة (القانون) وتتمثل الوظيفة التنفيذية فى تنفيذ هذه القواعد العامة المجردة ، أما القضاء فهو لابد قائم بدور آخر فى هذا السبيل ، يتمثل فى حماية القانون حماية قضائية Tutela giurisdizionale

(٨٦) وجدى راغب - ص ٨٤ .

(٨٧) وجدى راغب - الإشارة السابقة .

(٨٨) وهذا هو رأى الدكتور وجدى راغب والذى عرض له فى رسالته النظرية العامة للعمل القضائى المشار إليها ص ٨٣ وما بعدها . وكذلك مذكراته فى مبادئ القضاء المدنى ص ٢٤ وما بعدها .

بازالة عوارض النظام القانونى والتى تحول دوم نفاذه نفاذا عاديا . ويقال لذلك أن القضاء هو حامى النظام القانونى ، وهذه الحماية هى دور القضاء بالنسبة للقانون ، وهو غايته المباشرة فى نفس الوقت يعكس المشرع والادارة ، فما هما الا مجرد أجهزة سياسية واجتماعية تعمل بالقانون لتحقيق أهداف وغايات سياسية واجتماعية معينة (٨٩) .

ورأينا فيما سبق ، أنه اذا كان القانون ضرورة اجتماعية ، تحتلها ظروف الحياة فى الجماعة ، فان تحقيقه فى الواقع ، يعد ضرورة لا تقل فى أهميتها وخطورتها عن ضرورة وجود القانون ذاته (٩٠) . لأنه وان كان الاصل أن يتم تحقيق القانون تلقائيا من خلال النشاط اليومي المعتاد لأفراد الجماعة البشرية المخاطبين به (٩١) ، الا أن ذلك لا يتحقق غالبا ، نتيجة لاعتبارات متباينة ، أما جهلا من الافراد بالقانون وقواعده ، واما لارادة مخالفة هذه القواعد ، وصولا الى هدف معين . ومن هنا يطرأ على النظام القانونى عارض يمنع سريانه التلقائى ونفاذه العادى ، الأمر الذى ينتقل فيه القانون الى حالته المرضية attuazione potologica ومن هنا كان لابد من علاج ، كان لايبد من ازالة ما يعترض نفاذ القانون من عوائق ، كان لابد من ايجاد سلطة معينة تعمل على تحقيق القانون فى الواقع الاجتماعى ، وتعطيه فاعليته ولزومه . ولم يكن من الممكن أن تكون هذه السلطة هى القوة والتي كانت سائدة فى المجتمعات البدائية ، خاصة بعد التطور الحضارى الذى بلغته المجتمعات المعاصرة . وانما كان لابد من

(٨٩) انظر وجدى راغب - ص ٨٥ . محمود هاشم . بحث فى استنفاد ولاية القاضى المشار اليه ص ١٧٥ .
(٩٠) انظر محمود هاشم - استنفاد ولاية القاضى ص ٦ وما بعدها ص ١٧٥ وما بعدها .
(٩١) وفى ذلك يقول لوجوروكو :

Nei rapporti ordinari della vita l'attuazione del diritto avviene di regola, spontaneamente, rispettando Soddisfacendo direttamente gli interessi che la norma giuridica garantisce e tutela p. 33, No. 1 V. I.

القضا- الذى تتولاه الدولة ، والذى اصبح حكرا عليها (٩٢) ، والذى تكون وظيفته هى حماية النظام القانونى بازالة ما يعترض سريانه التلقائى أو نفاذه العادى .

٤١ - يوضح مما تقدم ان دور القضاء يتمثل فى حماية النظام القانونى ، ومن ثم تكون وظيفته وظيفة علاجية ، تحمى القانون من الأمراض التى يصاب بها ، أما علاجها أو الوقاية منها ، ولهذا فقد قيل بحق أن « القاضى هو طبيب الجسم القانونى » (٩٣) . ونظرا لأن وظيفة القضاء هذه وظيفة علاجية ، فانها لا تبأشر الا اذا كان هناك ما يبرر مباشرتها ، أى اذا لم يكن هناك مرضا يتطلب علاجاً أو خطرا يتطلب الوقاية منه . وتنحصر وظيفة القضاء لذلك فى حدود هذا المرض أو ذاك الخطر ، ولجهد ازالته دون أن يكون لها أن تبحث فى أسبابه ومبعث حدوثه (٩٤) ، لأن ذلك يخرج بالطبع عن وظيفة القضاء ليدخل موضوعا من موضوعات علم الاجتماع القانونى (٩٥) . وبهذا تتميز الوظيفة القضائية بدورها القانونى عن الوظيفة التشريعية المنشئة للقواعد العامة وعن الوظيفة التنفيذية المنفذة لهذه القواعد تنفيذا تلقائيا من خلال ممارستها لنشاطها .

واذا كانت وظيفة القضاء ، تنحصر - على هذا النحو - فى ازالة عوارض النظام القانونى ، فان هذه العوارض لا تنحصر فى مجرد مخالفة القانون (٩٦) ، وانما تتنوع هذه العوارض وتتعدد بتنسوع

(٩٢) انظر - أوجوروكو - ج ١ ص ٣٨ بند ٤ ، ميكيلي ج ١ بند

٣ ، ص ٨ .

Piero pojardi, la responsabilità per le spese et danni del

processo, 1958. p. 64.

• مشار اليه فى وجدى راغب ص ٩٢ .

(٩٤) بوجاردى - المسئولية عن مصروفات الخصومة واضرارها

المشار اليه ص ١٥ .

(٩٥) انظر وجدى راغب - رسالة ص ٩٣ .

(٩٦) كما ذهب الى ذلك الفقيه الفرنسى بونار فى فكرته المادية

لوظيفة القضاء - المشار اليها ، وهو ما عرضنا له حيناً ، وهو ما كان محلا للنقد والاعتراض .

وتعدد أسبابها . فهناك ظاهرة تجهيل القانون (٩٧) . بالنسبة لحق من الحقوق أو مركز من المراكز التي يحميها القانون ، فيتدخل القضاء لازالة هذا العارض بتأكيد وجود أو نفي وجود هذا الحق أو المركز القانوني تأكيدا ملزما . وهناك ظاهرة الاستعجال أو الخطر من فوات الوقت ، والذي يتطلب تدخلا سريعا لمواجهة مثل هذه الظروف ، بالإضافة الى ظاهرة مخالفة القانون أى التعارض بين الواقع والقانون ، وهذا يتطلب تدخل القضاء لازالة هذا العارض واعادة التوافق بين الواقع والقانون عن طريق فرض الجزاءات المقررة فى هذا الخصوص (٩٨) .

٤٢ - تعدد عوارض النظام القانونى :

لا تنحصر عوارض النظام القانونى فى مخالفة القانون ، وانما تتعد هذه العوارض وتتعدد بتعدد وتنوع أسبابها . ويمكن حصر عوارض النظام القانونى فى ثلاثة عوارض هى :

Incertezza del diritto

(١) تجهيل القانون

لا يتحقق الاستقرار الذى تهدف اليه القوانين المحددة لحقوق الأفراد ومراكزهم القانونية ، الا عن طريق معرفة الأفراد المخاطبين بالقانون ، لحقوقهم ومراكزهم القانونية ، معرفة أكيدة ، تمكنهم من ممارسة هذه الحقوق والانتفاع بمزاياها ، وممارسة المكثات التى تخولها ، وذلك على نحو لا لبس فيه ولا غموض ، الأمر الذى يتيح لهم التصرف باطمئنان ، استنادا الى ذلك دون ما خوف او خلق من نتائج هذا التصرف مستقبلا (٩٩) . واذا كان ذلك يجب أن يتم بطريقة تلقائية spontanea من خلال النشاط الأصيل للأفراد *Attività primaria dei cittadini* وذلك من خلال تطبيقهم

(٩٧) أنظر فى تفاصيل هذه الظاهرة - وجدى راغب ص ٩٣ - ٩٦ .

(٩٨) أنظر فى عوارض النظام القانونى - الاشارة السابقة .

(٩٩) أنظر وجدى راغب . منكرات ص ٤٦ .

لقواعد القانون على وقائع حياتهم مما يمكنهم دوما من استخلاص رأى *giudizio* ذاتى عن مراكزهم القانونية .

الا ان هذا لا يتم دائما ، نتيجة لاعتبارات متباينة ، ولا يتم التوافق أو التطابق بين الواقع الاجتماعى والرأى الذاتى للفرد عن مركزه القانونى . ومن هنا يكون قد اعترض النفاذ العادى للقانون عارض معين يتمثل فى تجهيل القانون بالنسبة لهذا المركز ، فلا الرأى الذاتى صالح لتحقيق فاعلية القانون ولا القانون يتحقق تلقائيا . ومن ثم تظهر الحاجة الى ازالة هذا العارض ، ازالة الغموض الذى اكتنف الحق أو المركز القانونى ، بتأكيد وجوده أو نفي هذا الوجود ، وذلك لاعادة التوافق بين الرأى الذاتى والواقع الخارجى . ويقوم القضاء بهذه المهمة ، مقدما الرأى القضائى الملزم للأفراد مؤكدا وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى ، وبذلك يتحقق الاستقرار القانونى (١٠٠) .

(ب) الاستعجال أو فوات الوقت :

ان حماية الحقوق والمراكز القانونية ، حماية قضائية كثيرا ما تتطلب وقتا طويلا تقتضيه اجراءات التحقق من ادعاءات الخصوم وتحقيق دفعهم ودفاعهم بشأنها ، ولكن فى حالات معينة قد تطرأ - خلال هذه الفترة - ظروف معينة تجعل تحقيق هذه الحماية أمرا غير ممكن . أو تجعلها عديمة الجدوى بعد انقضاء الوقت اللازم للحصول على حماية القضاء النهائية . وفى هذه الحالات نكون أمام ظاهرة الاستعجال أو الخطر من فوات الوقت ، والذى يقتضى أن يتدخل القضاء لمواجهة هذه الظروف ليمنح حماية وقتية ، معجلة ، ضمانا وتأكيدا للحماية النهائية الموضوعية بعد ذلك (١٠١) ، يكون مصيرها متوقف على ما تسفر عنه الحماية الموضوعية .

(١٠٠) انظر وجدى راغب رسالة ص ٩٤ وما بعدها ٠٠ أو جوريكو

ص ٣٤ .

(١٠١) ميكيلي - ج ١ ص ٧٠ .

(ج) مخالفة القانون :

قد لا يقف الاعتداء على الحق أو المركز القانوني عند مجرد إنكاره أو معارضته من قبل الأغيار حتى يكفى لازالته صدور حكم تقريرى بحث ، وإنما قد يتخذ الاعتداء - فى بعض الأحيان - صورة أحداث تغيير مادی له بحيث يصبح مخالفا للحق أو المركز القانوني ، وبالتالي يتعارض سلوك الأفراد مع القانون أى أنه قد تمت مخالفة القانون . فكان لابد من ازالة هذه المخالفة واعادة التوافق ولو جبرا بين سلوك الأفراد الفعلى وقواعد القانون ، وهنا يتدخل القضاء لأحداث هذا التطابق ، عن طريق تطبيق جزاء القاعدة القانونية التى تمت مخالفتها (١٠٢) .

ونتيجة لتعدد هذه العوارض ، تتعدد صور الحماية القضائية ، فكما أن الطبيب لا يصف دواء واحدا لكل الأمراض ، فالقاضى وهو المعالج للنظام القانوني ، لا يمنح حماية واحدة لكل هذه العوارض ، وإنما يمنح صوراً منها تتعدد بتعدد عوارض النظام القانوني ، فهناك الحماية الموضوعية ثم الحماية الوقتية وبجانبهما توجد الحماية التنفيذية (١٠٣) (١٠٤) .

(١٠٢) انظر محمود هاشم - التواعد العامة للتنفيذ القضائى - ١٩٨٠ ص ٣ وما بعدها بند ٣ ، ص ١٣ - ١٤ .

(١٠٣) انظر فى صور الحماية . فتحى والى ص ١٣١ وما بعدها .

وجدى راغب . رسالة ص ٩٩ وما بعدها . محمود هاشم - الموجز ص ٢٨ وما بعدها ميكلى ص ٤١ ج ١ وما بعدها . ليبمان ج ١ ص ٦١ .

مبادئ كيوفندا ص ١٣٤ ، كوستا ص ٣٢ وما بعدها .

(١٠٤) ولا نذهب مع من ذهب الى أن المراكز الولائية *les situations gracieuses* فنظرا لأنها لا تتحقق اصلا بإرادة الأفراد فى حالات معينة ، بل يلزم لتحقيقها تدخل من القضاء . الأمر الذى يؤدى الى قصور ارادة الأفراد فى تسيير القانون وتحقيقه ، مما يعنى أن ذلك يمثل عارضا من عوارض النظام القانوني والذى يتدخل القضاء لازالته بمنح صورة رابعة من صور الحماية القضائية هى الحماية الولائية (القضاء الولائي) انظر وجدى راغب - رسالة ص ٩٧ وما بعدها . ونعرض فيما بعد عن وجهة نظرنا وأدلتها .

المبحث الثانى

خصائص العمل القضائى

٤٣ - رأينا فيما تقدم المفهوم القانونى لوظيفة القضاء ، وهو دورها بالنسبة للقانون ، الذى يتمثل فى ازالة عوارض النظام القانونى . وهذا الدور المتميز هو الذى يميز القضاء عن الادارة ، وبالتالي يميز العمل القضائى عن العمل الادارى . لأن هذا الدور المتميز لوظيفة القضاء يستوجب توافر خصائص معينة فى أداة هذه الوظيفة أى فى العمل القضائى . ويمكن لنا بسهولة استخلاص هذه الخصائص التى يتميز بها العمل القضائى عن غيره من الأعمال ، التى تستوجب توافرها فيه طبيعة الوظيفة القضائية ودورها .

٤٤ - ١ - الطلب القضائى : Domanda giudiziale

نظرا لأن وظيفة القضاء وظيفة علاجية ، فانها لا يجب أن تكون وظيفة تلقائية أو مفروضة ، وانما يجب أن تتم بناء على استدعاء ممن قامت به الحاجة الى حماية القضاء . فكما أن الطبيب لا يذهب الى المريض الا بعد استدعائه ، فان القاضى وهو المعالج للنظام القانونى لا يباشر وظيفته الا بناء على هذا الاستدعاء أو الطلب . وهذا ما يعرف بمبدأ الطلب principio della domanda وهو المبدأ الأساسى الذى يحدد الرابطة بين الخصوم وممارسة الوظيفة القضائية . فالقاضى لا يعمل من تلقاء نفسه ، "ne procedat iudex ex officio" (١٠٥) لا يقضى فيما لم يطلبه الخصوم ولا بازيد مما طلبوه (١٠٦) . ويبرر

(١٠٥) انظر لى هذا المبدأ وأساسه . ليبمان - موجز ج ١ ص ٢٢٨
بند ١٢٥ . لوجونديا - موجز ص ٢٧ بند ١٣ . كوستا ص ٢٦٤ وما
بعدها . كارنيلوتى نظم . ج ١ ص ٢٠٥ بند ٢٢٢ . كالامندرى - نظم
ج ١ ص ٢٠٩ وما بعدهما . وانظر كذلك .
Carancini, Tutela giurisdizionale e Tecnica del processo, in studi in
onore di Redenti II p. 693.

Normand, Jacque, le juge et le litige, Thèse Paris 1965 p. 40 ets.

(١٠٦) ليبمان - الاشارة السابقة .

البعض أن مبنى هذا المبدأ يكمن في أن الحق في الدعوى ، هو ذاته مضمون الحق الفردى ، وبالتالي فامر حمايته والدفاع عنه متروك لحرية صاحبه (١٠٧) . إلا أن هناك اعتبار آخر يقوم عليه هذا المبدأ وهو حياد القاضى ، إذ لو أن القاضى قام ببدا الخصومة لأصبح مدعيا وقاضيا فى نفس الوقت (١٠٨) .

ولقد استقر قضاء النقض على التزام محكمة الموضوع فى قضائها حدود طلبات الخصوم ، فلا تحكم بأكثر مما طلب منها الحكم به ، فإن تجاوزت ذلك ، عن بينة وإدراك ، وبينت فى حكمها وجهة نظرها فى النزاع ، وأظهرت أنها تدرك حقيقة ما قدم لها من طلبات ، وتجاوزت لقضائها ما طلبه الخصم ، فأنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون (١٠٩) .

كما أن محكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء النقض مقيدة بالوقائع والطلبات المطروحة عليها ، فلا تملك التغيير فى مضمون الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم (١١٠) .

مما تقدم يتضح أن طبيعة وظيفة القضاء ، قد اقتضت أن تكون وظيفة مطلوبة وليست تلقائية كما هو الوضع بالنسبة لنشاط الادارة ، إذ أن وظيفة القضاء انما تتمثل فى حماية النظام القانونى من عوارضه ، وبالتالي لا يتدخل الا عند اللجوء اليه من الشخص الذى قامت به الحاجة الى هذه الحماية . ويترتب على ذلك أن القاضى لا يجوز له أبدا أن

(١٠٧) سأتا ص ١١١ بند ٧٨ . نورماند ص ٤٣ .
(١٠٨) كارنشينى - ما سبق ص ٧٤٣ وجدى راغب - رسالة ص ٦٠٨ . فتحى والى - الوسيط ص ٤٨١ .
(١٠٩) نقض ١٩٨٦/٥/٨ فى الطعن رقم ٢٥٢٦/٢٥٠٨ لسنة ٥٢ ق . لم ينشر ، نقض ١٩٨٢/٦/٢ - المحاماة ص ٦٥ ، المعدادان الثالث والرابع ١٩٨٥ ، ص ٧٠ . نقض ١٩٨٢/٣/٤ فى الطعن ١٦٦٤ لسنة ٤٨ ق - المحاماة ص ٢٤ ، المعدادان الأول والثانى ١٩٨٤ ، ص ١٠٦ .
(١١٠) نقض ١٩٨٢/٥/١٢ ، المحاماة ص ٦٤ . سبتمبر - أكتوبر ١٩٨٤ ، ص ١٠٨ .

يبدأ خصومة ويحكم فيها (١١١) ، فلا يفصل فى غير طلب مقدم اليه ولو كان لأمر يتعلق بالنظام العام ، وان كان له استثناء من الأصل أن يفصل ومن تلقاء نفسه فيما يثور أمامه من أمور تتعلق بالنظام العام ، وذلك فى خصومة رفعت اليه ابتداء من قبل الخصوم .

واذا كان الطلب القضائى لا يمثل عنصر من عناصر العمل القضائى ، إلا أنه مفترضا Presupposto قانونيا لصحته ، « ومن ثم فهو يدخل فى تكوين فكرة العمل القضائى ، ويعد بمثابة ركن من أركانها القانونية » (١١٢) .

٤٥ - ٢ - شكل العمل القضائى :

لا يصدر العمل القضائى الا بعد اتخاذ مجموعة من الأعمال القانونية وهى التى يطلق عليها اصطلاح الاجراءات القضائية . ويقوم ببعض هذه الاجراءات الخصوم ، ويقوم القاضى ببعضها الآخر ، ويقوم أعوان القضاء من كتبة ومحضرين وغيرهم ببعض هذه الاجراءات . ويطلق على هذه المجموعة من الاجراءات اصطلاح الخصومة القضائية . واتخاذ هذه الاجراءات يعتبر مفترضا شكليا للعمل القضائى . وتمثل الخصومة بما فيها من اجراءات الشكل القانونى العام للعمل القضائى (١١٣) ، فهو وسيلة ينظمها المشرع للحصول على العمل القضائى ، وصولا الى غاية سامية ، وهى الحقيقة ، والتى لن يصل القاضى اليها الا بعد تحقيق ادعاءات وطلبات الخصوم وإثباتها حتى يتمكن من تطبيق القانون عليها ، وتكفل الاجراءات المكونة للخصومة الضمانات التى أراد المشرع توفيرها للخصوم ، وأهمها حقوق الدفاع والتى

(١١١) إذ أن القاضى وهو انسان ، له حياته وله مشاكله مع غيره ، قد يقاضى (مدعى) وقد يقاضى (مدعى عليه) وفى هاتين الحالتين يكون خصما ويكون غير صاحب لنظر أى منهما .

(١١٢) وجدى راغب - رسالة ص ٦٠٦ .

(١١٣) أنظر وجدى راغب فهمى . مبادئ الخصومة المدنية -

١٩٧٨ - ص ١٥ - ١٦ . محمود هاشم . دروس فى مبادئ قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى . على الايلة الناسخة ١٩٧٨ ص ١٢٠

و ص ٢٠١ .

تتمثل فى حق الخصوم فى المرافعة الشفوية ، وتقديم المذكرات المكتوبة الى القضاء وكذلك الأدلة ووسائل دفاعهم ، بل واعطائهم مواعيدا للاطلاع على ما قدمه الخصم الآخر فى غيبة وإعداد الرد على هذا . ناهيك عن المبادئ التى تقوم عليها الخصومة القضائية (١١٤) . تكفل جميعها ضمانات العدالة مثل مبدأ المواجهة بين الخصوم Principe du contradictoire . ومبدأ علنية الاجراءات وشفوية المرافعة (١١٥) .

واذا كان المشرع قد جعل من الخصومة شكلا عاما للعمل القضائى ، فانه لم يرد بذلك جعلها الشكل الوحيد لهذا العمل . اذ قد يخرج لاعتبارات معينة ، ويرسم شكلا آخر يصدر فيه العمل القضائى . وهكذا فعلى بالنسبة لاستيفاء الديون الثابتة بالكتابة ، والتى رأى المشرع أن يخرج هذه الديون من نطاق الاجراءات المعتادة للتقاضى والتى تحقق اليقين القانونى بعد تحقيق وفحص وإثبات ادعاءات الخصوم وما يستلزمه من وقت قد يطول ، واستحدث بالنسبة لها فى سنة ١٩٤٩ نظاما آخر يتميز ببسولته وبساطته ، وهو نظام أوامر الاداء (١١٦)

(١١٤) راجع وجدى راغب . مبادئ ص ١٧ وما بعدها . ابراهيم سعد . القانون القضائى الخاص ص ٦٦١ - ٦٧١ بند ٢٦٢ . أحمد مسلم . اصول المرافعات ١٩٧٩ ص ٣٧٦ - ٣٨٢ فنسان ص ٤٤٤ . - ١٥٠ بند ٣٨٨ وما بعدها . محمد وعبد الوهاب العشماوى . ص ٢٢ - ٥٩ . محمود هاشم فى النظام القضائى وتواعد الاختصاص ١٩٧٨ ص ٦٩ وما بعدها .

(١١٥) انظر فيجورتي . علنية الاجراءات القضائية - المجلة الفصلية لقانون المرافعات ١٩٧٣ الجزء الثانى ص ١٤٢٣ . (١١٦) انظر فى هذا الموضوع عبد الحميد الرشاشى ، مؤلفه فى أوامر الاداء سنة ١٩٥٨ . أمينة النمر . أوامر الاداء لسنة ١٩٧٥ . عبد الباسط جيمسى . الاستئناف المباشر لأوامر الاداء : مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الثالثة . العدد الثانى . فتحى عبد الصبور أوامر الاداء : مجلة للجمعية الرسمية للأحكام والبحوث القانونية السنة ٦٠ العدد الثالث ، وأيضا فى ذات المجلة فى العدد الثانى من السنة ٦١ بعنوان « البطلان وأوامر الاداء » . عبد الباسط جيمسى - ومحمود هاشم . التنفيذ ص ١٣٧ وما بعدها .

والمنظم فى تشريعنا الحالى بالمآد ٢٠١ - ٢١٠ من قانون المرافعات .
وتصدر هذه الأوامر فى شكل مخصوص هو العريضة ، وهى من هذه
الزاوية تشبه الأوامر على العرائض المنصوص عليها فى المواد من ١٩٣ -
٢٠٠ من نفس القانون ، إلا أن الفارق بينهما يظل شامعا ، إذ أن الأوامر
على العرائض إنما تمثل النموذج العام للعمل الولائى لأنها تصدر
بمقتضى السلطة الولائية ، أما أوامر الأداء فما هى إلا أعمال قضائية
بالمعنى الفنى - تصدر من قاضى الموضوع - فاصلة فى أصل الحق محققة
الحماية القضائية الموضوعية خاضعة للنظام القانونى الذى يحكم العمل
القضائى (١١٧) .

٤٦ - ٣ - ترتيبها لأثار قانونية خاصة :

نظرا لما تؤديه الأحكام القضائية من وظيفة قانونية هى تحقيق
الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية ، فإنها ترتب آثارا قانونية
تميزها عما ترتبه الأعمال الأخرى من آثار . وأهم ما ترتبه الأحكام
القضائية من آثار يتمثل فى أمرين :

الأول : حجية الأمر المقضى Autorité de la chose jugée (١١٨)

ويقصد بهذه الحجية ، احترام ما قضى به العمل القضائى ، الذى
يمنع من المناقشة أو المنازعة مرة أخرى حوله ، سواء من جانب الخصوم
(أطراف العمل القضائى) أو من جانب القضاء بما فيه المحكمة التى
أصدرت العمل القضائى (١١٩) . فالحجية القضائية ما هى إلا فكرة

(١١٧) انظر فى طبيعة أوامر الأداء . عبد الباسط جيمعى - محمود
هاشم . التنفيذ ص ١٤٩ وهامش ١ ، ٢ ، ص ١٥٠ والهوامش المشار
إليها فى نفس الصفحة .

(١١٨) انظر رسالة الدكتور أحمد الصاوى : الشروط الموضوعية
للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه - جامعة القاهرة سنة ١٩٧١ .
(١١٩) انظر إبراهيم سعد . المرجع السابق ص ١٠٧ بند ٣٠ .
أحمد مسلم أصول المرافعات ص ٦٧٧ بند ٦٣٤ : فتحنى والى ص ٢٦٧ .
بند ١١٤ . كيرفندا . نظم ص ٩٠٦ ، ٩٠٧ وما بعدها . كوستا .
المرافعات ص ٢٤٣ وما بعدها .

قانونية من خلق المشرع ، ليضمن بها احترام الأعمال القضائية حول ما قضت به . وقد قيل بأن حجية الأمر المقضى تعد قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس ، على أن الحكم صدر صحيحا من حيث الشكل ، وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع ، ولا يقبل من ثم من الخصوم اثاره منازعات حول ما قضى به الحكم ولا حول صحته أو صحة الاجراءات التى أدت الى صدوره ، فهو عنوان الحقيقة ، وهو فى ذاته قرينة على صحته (١٢٠) .

وتتمتع بهذه الحجية جميع الأعمال القضائية المانحة للحماية ، سواء كانت حماية موضوعية ، أو حماية وقتية ، أو حماية تنفيذية مثل الأحكام التقريرية والمنشئة والالزام ، وكذلك أحكام القضاء الوقتى وأحكام قضاء التنفيذ الصادرة فى المنازعات الموضوعية والوقتية حول الحق فى التنفيذ واجراءات مباشرته وهذه الحجية هى من أهم خصائص العمل القضائى .

ونكتفى بهذه الاشارة الموجزة حول الحجية القضائية فى هذا المجال ، على أن نعود الى دراستها بالتفصيل فى موضوعها المناسب .

الثانى : استنفاد القاضى لولايته فى النزاع (١٢١)

بصدور العمل القضائى من المحكمة فى مسألة من المسائل ، فإن ذلك يستنفد سلطتها بالنسبة لها ، فلا يجوز العدول عما قضت به او تعيد

(١٢٠) أنظر . ابراهيم سعد . الاشارة السابقة . وانظر نص المادة ١٠١ من قانون الاثبات المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والتى تنضى بأن « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيها ففصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ... » .

(١٢١) أنظر بحث لنا بعنوان « استنفاد ولاية القاضى المدنى » - القاهرة ، ١٩٨٣ .

النظر فى هذه المسألة ، ولو كان ما قضت به باطلا (١٢٢) . وليس هناك من طريق لتصحيح ما شاب الحكم من عيوب الا الطعن فيه باحدى الطرق المناسبة من طرق الطعن المقررة فى القانون ، والمحددة حصرا .

اما الاعمال الأخرى الصادرة عن القضاء فى غير سلطته القضائية ، فلا نستنفذ ولاية القاضى بالنسبة لها ، فيجوز له العدول عنها بالرجوع فيها ، وكذلك التعديل فيها دون معقب عليه فى هذا الخصوص (١٢٣) . وسوف نزيد الأمر تفصيلا فى مناسبة قادمة .

٤ - ٤ - عدم الغائها بدعوى مبتدأة :

لم يشأ المشرع ، أن يجعل العمل القضائى ، خاضعا لنفس الطريق الذى يتم به الغاء الاعمال القانونية الأخرى ، وهو دعوى مبتدأة بالبطلان ، وهى ما تسمى دعوى البطلان الأصلية .

فالعمل القضائى ، نظرا لما له من حجية قضائية ، وما يتم اتخاذه من اجراءات فى اصداره ، لا يجوز المطالبة بالغائه أو بطلانه عن طريق هذه الدعوى المبتدأة والتي ترفع بالاجراءات المعتادة أمام قضاء الموضوع سواء كان محل الشكوى هو عدالة الحكم أو صحته (١٢٤) ، كما لا يجوز المطالبة بذلك حتى عن طريق دفع يثار فى أثناء نظر دعوى قائمة أمام القضاء (١٢٥) . ولا يكون هناك من طريق لتصحيح ما يشوب الاعمال القضائية من اخطاء ، وما يعتورها من عيوب ، الا باحدى طرق الطعن المقررة قانونا ، وعلى الوجه وبالاجراءات المحددة فى القانون .

(١٢٢) انظر نقض مننى ١٩٦٨/٢/٨ . مجموعة احكام النقض السنة ١٩ ص ٢٣٧ . وفى هذا الحكم قضت محكمة النقض باستئناف محكمة الاستئناف لولايتها باصدار حكمها دون ان تفصل فى طلب وقف تنفيذ الحكم المستأنف فيه .

(١٢٣) كوستا . المرافعات . بند ٥٥ ص ٧٩ - ٨٠ .
(١٢٤) انظر فتحى والى . رسالته فى نظرية البطلان فى قانون المرافعات ص ٥٩٦ .
(١٢٥) ابراهيم سعد . المرجع السابق ص ١١١ - ١١٢ .

فإذا ما استنفذ العمل هذه الطرق ، فإنه يتحصن ضد الالغاء أو التعديل مهما كانت العيوب التي شابته . فقد أصبح بالفعل عنوانا للحقيقة ، حتى ولو كانت الحقيقة النسبية .

ما تقدم على عكس الأعمال الولائية ، فهي كما رأينا ، ليست أعمالا قضائية ، ومن ثم فهي لا تخضع لما تخضع له الأعمال القضائية من أحكام ، ولذلك فمن المقرر جواز رفع دعوى أصلية ببطلان عمل من الأعمال الولائية ، أو التمسك ببطلانه بدفع يثار فى خصومة موجودة أمام القضاء (١٢٦) .

نلك هى أهم الخصائص التى تميز الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق عن غيرها من الأعمال الأخرى الصادرة عن القضاء فى غير سلطته القضائية ، مثل الأعمال الولائية وأعمال الإدارة القضائية . وجميع الأعمال القضائية بالمعنى الفنى تتمتع بكل هذه الخصائص ، أيا كان الشكل الذى تصدر فيه ، أى سواء كانت صادرة فى خصومة قضائية أو صادرة على عريضة وفى غير خصومة ، وبعبارة أخرى ، فإن تلك الخصائص المميزة لكل من الأحكام القضائية الصادرة فى خصومة والأوامر الصادرة فى صورة أمر على عريضة مثل الأوامر الصادرة باستيفاء الديون الثابتة بالكتابة (أوامر الأداء) والأوامر القضائية الأخرى الفاصلة فى أصل الحق والفاصلة فى موضوع معين ، مثل الأوامر الصادرة بتقدير مصروفات الدعوى أو الرسوم القضائية ، أو المقدرة لاتعاب الخبراء ومصاريف الشهود (١٢٧) .

(١٢٦) انظر فتحى والى . نظرية البطلان . المشار إليها ص ٦١٨
بند ١٤٢ . وقانون القضاء ص ٧٤ وهامش (٣) .
(١٢٧) انظر هذه الأوامر وطبيعتها القانونية . عبد الباسط جيمعى
- محمود هاشم - المبادئ العامة للتنفيذ ١٩٧٩ ص ١٥٢ وما بعدها .

المبحث الثالث

صورة الحماية القضائية

٤٨ - تقسيم :

انتهينا فيما سبق ، الى أن الوظيفة القضائية انما تتمثل فى حماية النظام القانونى ، من العوارض التى تعترضه وتمنع سريانه ، فيتدخل القضاء ، بما له من سلطة فى ازالة هذا العارض أو المانع ، تسييرا للنظام القانونى .

ومن الطبيعى ، أن تتنوع وتتعدد صور الحماية القضائية ، بتنوع وتعدد العوارض التى تعترض سير النظام القانونى (١٢٨) .

وباستعراض العوارض التى تطرأ على النظام القانونى ، نجد انها تتمثل فى ثلاثة عوارض ، الأمر الذى يؤدى الى تقسيم الحماية القضائية الى صور ثلاثة هى الحماية الموضوعية ، والحماية الوقتية ، والحماية التنفيذية . ويضيف البعض اليها صورة رابعة ، تتمثل فى القضاء الولائى ، الذى يواجه فى نظرهم عارضا آخر وهو ما يطلق عليه القصور القانونى الذى يشوب ارادة الفرد ، وتجعلها قاصرة عن رعاية المصلحة الخاصة والتى يحميها القانون (١٢٩) .

ولكننا لسنا من هذا الرأى ، ولا نرى فى الأعمال الولائية ما يدخلها فى عداد الأعمال القضائية بالمعنى الدقيق مثل الأحكام وأوامر الاداء ، ولذلك فلا تمثل هذه الأعمال فى نظرنا - وان كانت تصدر عن القضاء - صورة من صور الأعمال القضائية .

ونستعرض الآن فى عجالة سريعة صور الحماية القضائية :

(١٢٨) راجع وجدى راغب . مذكرات فى مبادئ القضاء المدنى ١٩٧٥ - ١٩٧٦ ص ٣٩ . فتحى والى - قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى سنة ١٩٧٣ ص ١٢٧ وما بعدها .

(١٢٩) راجع وجدى راغب . المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها . وميكيللى . المرافعات المدنية . الجزء الأول بند ٢٢ ص ٧٧ وما بعدها .

المطلب الاول

الحماية الموضوعية (القضاء الموضوعى)

٤٩ - ضرورته :

رأينا أن تحقيق الاستقرار القانونى ، يتطلب بالضرورة معرفة الأفراد لحقوقهم ومراكزهم القانونية ، معرفة أكيدة ، تمكنهم من ممارسة هذه الحقوق ، بالاستئثار بمنافعهم على نحو لا لبس فيه ولا غموض . وترتيب سلوكهم وتصرفاتهم القانونية على ضوءها ، دون ما خوف أو قلق من نتائج هذه التصرفات مستقبلا .

وإذا كان المفروض أن يتم ذلك بطريقة تلقائية من خلال نشاطات الأفراد الأصل ، ولكن ذلك - وإن كان أملا من الآمال - لا يتحقق غالبا . فقد تحدث عوامل كثيرة واعتبارات متنوعة تؤدي الى تجهيل القانون، وقواعده بالنسبة لحالات خاصة معينة ، وبالتالي يحدث تعارض بين الرأى الذاتى (الفردى) مع رأى ذاتى آخر . من هنا لزم تدخل سلطة عامة لفرض الرأى الملزم للخصومة . والذى يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى الذى كان محلا للخلاف بين الإدارات الذاتية. ويفرض هذا الرأى الملزم ، يتحقق الاستقرار القانونى عن طريق ازالة هذا التجهيل الذى طرا على النظام القانونى فى خصوص واقعة معينة . ولا جدال فى أن القضاء يقوم بهذه المهمة ، بفرض الرأى القضائى الذى يزيل هذا التجهيل ، ويكون ملزما للخصوم . ولا شك فى أن هذا الرأى القضائى يكون الرأى الأكثر عدالة والأكثر فهما لقواعد القانون من تلك الآراء الذاتية للأفراد ، نظرا لما يحاط بإصداره من ضمانات كثيرة : مثل صدوره عن هيئة متخصصة فى القانون (القاضى أو القضاة) والذين لا مصلحة لهم فى النزاع المعروض ، وكذلك صدوره بعد استبـاع إجراءات التحقيق والاثبات والمرافعة ، وغير ذلك من الاجراءات التى

تستهدف عدم صدور الحكم الا بعد استيفائها ضمانا للوصول الى الرأى العادل (١٣٠) .

والرأى القضائى فى هذا الصدد هو ما يطلق عليه الحكم الذى يحقق الحماية الموضوعية ، ويتمتع لذلك بقوة الحقيقة القانونية أى حجبية الأمر المقضى التى تمنع الخصوم من معاودة النزاع حول الموضوع الذى فصل فيه الحكم مرة أخرى ، وذلك حتى يتم الاستقرار القانونى المنشود عن طريق المعرفة الأكيدة للمراكز القانونية المجهولة . ويمثل الحكم القضائى فى هذه الحالة الصورة الأولى للحماية القضائية . ويتدخل القضاء عن طريق الحكم القضائى الموضوعى لمجرد ازالة هذا العارض ، أى ازالة التجهيل الذى تم بالنسبة للمركز القانونى ، فلا يتعداه الى احداث التوافق الفعلى بين الواقع والقانون . فهذه هى مهمة التنفيذ القضائى .

٥٠ - صور القضاء الموضوعى :

وللقضاء الموضوعى صور متعددة ، اذ يصدر عنه أنواع ثلاثة من الأحكام هى :

٥١ - ١ - الحكم التقريرى :

وهو ما يطلق عليه فى الاصطلاح الفرنسى jugement déclaratoire وفى الاصطلاح الايطالى Sentenza di mero accertamento . ويقصد به الحكم الذى يؤكد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانونى أو واقعة معينة ، مزيلا بذلك الشك القائم حول هذا الوجود (١٣١) دون

(١٣٠) انظر وجدى راغب - رسالة ص ١٠٠ .

(١٣١) انظر فى فكرة هذا الحكم زانزوكى - ج ١ بند ١٠ ص ١٣٤

وما بعدها . كيوفندا - نظم ج ١ بند ٥٦ ص ١٨١ ، مبادئ ص ١٦٥ .

وما بعدها . كوستا بند ٢٦ ص ٣٦ - ٣٩ ، ليبمان - موجز - ج ١ ص ٦٢

بند ٢٢ . سوليس وبيرو - ج ١ بند ٢٢٣ . فتحى والى - الوسيط -

ص ١٣٢ . وجدى راغب مبادئ القضاء الدنى ١٩٨٧ ص ٤٨ .

الحكم بالزام المحكوم عليه بإداء معين ، ودون أحداث أى تغيير فى الحق أو المركز القانونى المدعى (١٣٢) . ويصدر الحكم - التقريرى فى دعوى تقريرية يستهدف بها رافعها الحصول على محرد حكم يؤكد لوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانونى معين . ومن امثلة هذه الدعوى ، دعوى براءة ذمة شخص ضد من يشكك فى براءتها . وكذلك دعوى اثبات صفة الوراثة فى شخص ضد من يشكك فيها . ودعوى اثبات النسب ودعوى الحقوق العينية ، تقريراً أو فقها ، ودعوى بطلان العقود او التصرفات ، فالاحكام الصادرة فى هذه الدعاوى تعد احكاما تقريرية (١٣٣) ، اذ انها تقف عند حد تأكيد وجود أو نفى وجود حق أو مركز قانونى معين ، دون ان تحدث تغييراً فيه ، أو تلزم أحداً بإداء معين . وبه نتحقق الحماية القضائية . فهذا التقرير هدف فى ذاته لهذه الاحكام ، بل هو الهدف الوحيد لها (١٣٤) . وبه تتحقق الحماية القضائية .

واذا كان القانون المصرى لم يتضمن نصاً عاماً يقرر صراحة قبول الدعوى التقريرية ، فليس معنى ذلك أن هذه الدعوى غير مقبولة فى قانوننا . اذ ان قبول هذه الدعوى قد أصبح امراً يستعصى على الانكار (١٣٥) .

ويمثل الحكم الصادر فى الدعوى التقريرية ، اصلية كانت أم فرعية ، ايجابية كانت أم سلبية ، الصورة النموذجية البحثية للقضاء

-
- (١٣٢) وحدى راغب - الاشارة السابقة .
(١٣٣) انظر - ليبمان - وجيز - الاشارة السابقة ص ٦٢ - ٦٣ وانظر فى المتطور التاريخى لفكرة الدعوى التقريرية - كيوفندا - نظم ج ١ بند ٥٩ - ص ١٦٢ وما بعدها فتحى والى - الوسيط ص ١٣٣ وما بعدها .
(١٣٤) انظر كوستا - وجيز بند ٢٦ ص ٣٧ - ليبمان وجيز ج ١ بند ٢٣ . كيوفندا نظم - ص ١٨٢ بند ٥٩ .
(١٣٥) انظر كوستا - الاشارة السابقة . كيوفندا - الاشارة السابقة .
سوليس وبيرى بند ٢٣٣ . فتحى والى - الوسيط ص ١٣٥ . وحدى راغب - رسالة ص ٢٥٥ وانظر حدى عبد الرحمن - رسالة بالفرنسية فى الدعاوى الوقائية les actions preventives منشورة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ١٤ ص ٩٤ - ٩٥ . وانظر عكس ذلك موريل ص ٤٢ .

الموضوعى (١٣٦) ، اذ أن دوره ينحصر فى تحقيق اليقين القانونى الذى يقتضيه سريان النظام القانونى . ونتيجة لذلك فإن الحكم التقريرى يحوز قوة الحقيقة القانونية بالنسبة لما يؤكد وجوده أو نفيه ، أى يحوز حجية الأمر المقضى *Cosa giudicata* ، المانعة من تجديد المناقشة أو المنازعة أو التشكيك حول ما اكده الحكم من وجود أو نفي حق أو مركز قانونى أو واقعة معينة . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الحكم التقريرى يحقق وظيفته بمجرد صدوره ، محققا الحماية القضائية المطلوبة تحقيقا كاملا ، ولذلك فلا يعتبر سندا تنفيذيا (١٣٧) نظرا لأنه لا يتضمن الزام أحد بأداء معين يقبل التنفيذ الجبرى . وعليه ان أراد الخصم الحصول على حقه الذى اكده الحكم التقريرى أو نفاه ، فعليه رفع دعوى الزام خصمه الآخر - استنادا الى هذا الحكم ، بتنفيذ ما اكده أو نفاه الحكم التقريرى .

٥٢ - ٢ - حكم الالزام :

وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسى *Jugement de condamnation* وفى الفقه الايطالى يعرف بـ *Sentenza di condanna* . ويقصد به الحكم الذى يقضى بالزام المحكوم عليه بأداء معين يمكن تنفيذه جبريا (١٣٨) ويصدر هذا الحكم فى دعوى الزام . وبعد حكم الالزام الأكثر شيوعا فى العمل (١٣٩) ، اذ قلما يكتفى المدعى فى دعواه بمجرد المطالبة بتقرير حقه أو مركزه القانونى ، وإنما يطلب فضلا عن ذلك الحكم بالزام المدعى عليه بأداء معين ، كان قد امتنع عن أدائه (١٤٠) .

-
- (١٣٦) وجدى راغب - المرجع السابق ص ٥٠ .
 (١٣٧) كيوفندا - نظم ١٨١ بند ٥٩ ميكيلي ج ١ بند ١٣ . اجوروكى - المطول ٢٥ ص ١٤٠ - ١٤١ وجدى راغب - مبادئ ص ٥١ - فتحى والى ص ١٤٠ .
 (١٣٨) انظر فتحى والى - الوسيط - ص ١٤٥ . كيوفندا - مبادئ ص ١٧٥ .
 (١٣٩) كوستا بند ٢٢ ص ٣٢ . ليمان موجز بند ٢٤ ص ٦٤ .
 كيوفندا - مبادئ ص ١٥٧ . فتحى والى - الوسيط ص ١٤٥ .
 (١٤٠) ميكيلي بند ١٤ ص ٨٨ . فتحى والى - الاشارة السابقة .

فلا يكتفى الدائن مثلا فى دعواه على مجرد طلب تقرير مديونيتسه فى ذمة مدينه ، وانما يطلب الحكم بالزام المدين بدفع مبلغ معين هو قيمة اندين الملتزم بالوفاء به . وكذلك طلب الزام المحكوم عليه باخلاء مسكن او تسليم منقول او هدم او اقامة حائط .

ولا شك أن حكم الالزام يعتبر صورة من صور القضاء الموضوعى ، اذ أنه يحقق اليقين القانونى للحق أو المركز القانونى محصل الادعاء ، وهو لذلك يرتب حجية الأمر المقضى مثله مثل الحكم التقريرى ، ولكنه يختلف عنه فى أن حكم الالزام هو الحكم الوحيد الذى يعترف له المشرع بقوته التنفيذية ، ولذلك فهو يعد سندا تنفيذيا (١٤١) . ونظرا لذلك فقد كان حكم الالزام محلا للخلاف الشتهى حول طبيعته وتكوينه (١٤٢) . فمنهم من ذهب الى أنه يتضمن فضلا عن تقرير الحق أو المركز القانونى أمرا من القضاء بالزام المحكوم عليه بأداء معين ، وهو أمر محدد موجه الى المحكوم عليه بالوفاء بالتزامه (١٤٣) وأما امر الى موظف الدولة المكلف بالتنفيذ (١٤٤) . ومن الفقهاء من ذهب الى أن ما يميز حكم الالزام انما تحويله لالتزام المدين من التزام يتوقف أدائه على تدخل المدين الى مجرد خضوعه

(١٤١) انظر ليبمان . الاشارة السابقة . كوستا - الاشارة السابقة - محمود هاشم الموجز ص ٣١ وكذلك القواعد العامة للتنفيذ القضائى سنة ١٩٨٠ ص ٤٥ . كيش وفنسان . طرق التنفيذ سنة ١٩٧٠ ص ٢٣ بند ٢٣ .

(١٤٢) انظر عرضا لهذا الخلاف بالتفصيل . محمود هاشم القواعد العامة للتنفيذ القضائى ص ٤٥ - ٤٩ فتحى والى - الوسيط ص ١٤٦ وما بعدها .

(١٤٣) روكو الفريد - الحكم المدنى - ص ١٤٨ . روكوارجو - ج ٢ ص ٢٤١ بند ٢ . لارن كيوفندا مبادئ ص ١٥٧ .

(١٤٤) زانزوكى - ج ١ ص ١٤٠ بند ١٦ . ياجرا محاضرات فى قانون الاجراءات المدنية ج ١ ص ١٥٣ بند ٢٤ ص ١٧٠ . كيوفندا ص ١٥٧ مبادئ . وانظر فى نقد هذا الراى فتحى والى - الوسيط .

soggezione لقوة السلطة العامة (١٤٥) . ومن الفقهاء من ذهب الى أن حكم الالتزام لا يفترق عن أى حكم آخر بالنسبة لتركيبه ، فهو قضاء موضوعى قبل غيره من الأحكام ، ولكن يتميز عنهم بمحلته الذى يجعله قابلا للتنفيذ الجبرى .

وايا ما كان الرأى فى طبيعة حكم الالتزام ، فان هذه الآراء انما تؤكد حقيقة واحدة ، وهى أن حكم الالتزام انما يتميز عن غيره بأمر معين هو قابليته للتنفيذ الجبرى . فهو يؤكد وجود حق أو مركز قانونى ، وثم يجيز اتخاذ مجموعة أخرى من الاجراءات يجب اتخاذها لرد العدوان الواقع على الحق المؤكد من قبل الحكم ، حتى يمكن حمايته حماية قضائية كاملة (١٤٦) .

٥٣ - آثار حكم الالتزام :

بحوز حكم الالتزام باعتباره قضاء موضوعيا حجية الأمر المقضى بالاضافة الى صلاحيته للتنفيذ الجبرى وذلك متى توافرت فيه الشروط الأخرى الواجب توافرها فى السندات التنفيذية . كما أن حكم الالتزام يخول المحكوم له مكنة الحصول على حق اختصاص على عقار مدينه ، وهو عبارة عن تأمين عيني للوفاء بالدين (م ١٨٠٥ مدنى) واخيرا يغير حكم الالتزام من مدة التقادم المسقطه للحق ويجعلها مدة التقادم العامة وهى ١٥ سنة ، ولو كانت مدة التقادم التى كان خاضعا لها الحق الذى أكدته الحكم أقل من ذلك .

(١٤٥) وهذا هو رأى الأستاذ كلامندريه

Calamandrei, la condanna, in studi sul processo civile, III padova 1934 p. 179.

وانظر عرض هذا الرأى ونقده فتحى والى - التنفيذ الجبرى - الطبعة الثانية ص ٤٢ . وانظر تأييد هذا الرأى كوستا ص ٣٤ .

(١٤٦) انظر محمود هاشم فى القواعد العامة ص ٨ - ٤٩ .

٥٤ - ٣ - الحكم المنشئ :

وهو ما يطلق عليه فى الاصطلاح الفرنسى *jugement constitutif* وفى الاصطلاح الايطالى *sen'enza costitutiva* وهو الذى يحدث تغييرا فى الحق أو المركز القانونى ، اما بانشاء حق أو مركز قانونى لم يكن موجودا قبل صدوره ، أو بتعديل أو انهاء حق أو مركز قانونى كان موجودا قبل ذلك (١٤٧) . ويصدر الحكم المنشئ فى دعوى منثثة ، ومثال الأحكام المنثثة ، الحكم الصادر بالشفعة ، أو بتعديل الالتزام التعاقدى بسبب الغبن أو الظروف الطارئة ، وكذلك الحكم الصادر بالتطليق أو فسخ العقد .

ويتفق الحكم المنشئ والحكم التقريرى فى أن كليهما يقوم بمهمة تقريرية لحق أو مركز قانونى سابق ، ولكن يتميز الحكم المنشئ بأنه يحدث تغييرا فى المركز السابق ومن ثم ينتج آثارا قانونية جديدة . ومن هذا يتضح أن الحكم المنشئ انما يقوم هو الآخر بدور ما فى تحقيق اليقين القانونى بتأكيد الحق أو المركز القانونى بعد ازالة الشكوك التى ثارت حولهما . الا أن الحق الذى يقرره الحكم المنشئ يختلف عن ذلك الذى يؤكد الحكم التقريرى . إذ أن محل الحكم الاول انما يدخل فى طائفة الحقوق الارادية *Diritti potestativi* وهذه الحقوق انما تخول اصحابها الحق فى احداث تغيير معين ، اذا ما توافرت الشرائط التى يتطلبها القانون لاحداث التغيير المطلوب ، واذا كان المشرع كقاعدة يعترف لارادة الأفراد بالقسرة على ترتيب آثار قانونية معينة ، فانه فى حالات معينة يخرج ، لاعتبارات خاصة ، ويقرر عدم قدرة الارادة الفردية على احداث هذا التغيير ، اما لعجز هذه الارادة ، واما حماية لمصلحة عامة - ويتطلب لاحداث هذا التغيير تدخل يحدث مقدما من جانب القضاء للتأكد من شرعية

(١٤٧) كوستا - المرافعات ص ١٠ بند ٢٧ . زانزوكى ج ١ ص ١٤٥ بند ٢١ . وانظر فى فكرة الحكم المنشئ كيوفندا نظم - ج ١ ص ١٦٩ بند ٥٢ وما بعدها . محمود هاشم - القواعد العامة للتنفيذ ص ٣ والموجز ص ٣٢ ، فتحى والى - الوسيط ص ١٤١ وما بعدها . وجدى راغب - مبادئ ص ٥٤ وما بعدها .

هذه الحقوق الارادية ، والتأكد من توافر الشروط الشكلية والموضوعية لقيامها (١٤٨) . فيتدخل القضاء - بناء على طلب صاحب الحق الارادى فى التغيير - لاحداث التغيير المطلوب ، اما بانشاء حق أو مركز موضوعى لم يكن موجودا ، أو بتعديل أو انتهاء حق أو مركز موضوعى قائم . ويترتب هذا الاثر لصاحب الحق الارادى فى مواجهة الطرف السلبى دون أن يلتزم الأخير بإداء معين ، وانما يخضع لهذا الاثر خضوعا لا يتطلب تدخله (١٤٩) .

وقد ثار الجدل الفقهى العنيف حول طبيعة هذا الحكم الى الحد الذى انكر الكثيرون وجوده على اعتبار أن الاحكام القضائية كاشفة للحقوق ومقررة لها ، وليست منشئة لها . الا أننا ، ومع عدم الدخول فى تفاصيل هذا الخلاف الفقهى - نقرر أن وجود الاحكام المنشئة فى حياتنا القانونية قد اضحى حقيقة مؤكدة يصعب انكارها ، خصوصا بعد أن كشف الفقه الحديث عن فكرة الحق الارادى الذى يعترف به القانون للأفراد لاحداث تغيير ما فى مركز قانونى .

ولما كان الحكم المنشئ يقوم بمهمة تقريرية فى تأكيد الحق الارادى فى احداث التغيير ، فانه بذلك يدخل صورة من صور القضاء الموضوعى ومن ثم يرتب حجية الأمر المقضى . هذا ومن ناحية أخرى فان الحكم وقد أحدث تغييرا ما لم يكن موجودا قبل صدوره ، فان هذا التغيير يتم فور صدور الحكم وليس قبل ذلك ، فلا يكون له اثر رجعى الا اذا نص المشرع صراحة على اعمال هذا الاثر المنشئ لا من وقت صدور الحكم ولكن من تاريخ سابق عليه .

والحكم المنشئ مثله فى ذلك مثل الحكم التقريرى لا يصلح لأن يكون مستند تنفيذى وذلك على عكس حكم الالزام .

(١٤٨) فتحى والى - الاشارة السابقة . والتنفيذ ص ٢٣٦ وما بعدها .

(١٤٩) فتحى والى - التنفيذ ص ٢٣٦ وما بعدها .

المبحث الثانى

القضاء الوقتى (المستعجل)

٥٥ - الحديث عن القضاء الوقتى ، والذي يمثل القضاء المستعجل فيه الصورة الرئيسية تقتضى منا البدء بتحديد مفهوم هذا القضاء . ثم الشروط اللازمة للحصول على حمايته ، وأخيرا لاجراءات الحصول على هذه الحماية وسلطته .

المطلب الأول

مفهوم القضاء الوقتى ومضمونه

٥٦ - ضرورة القضاء الوقتى :

ينظم المشرع من بين ما ينظمه من صور الحماية القضائية ، الحماية الوقتية للحقوق والمراكز القانونية . اذ من شأن هذه الحماية تأمين النظام القانونى من خطر التأخير فى نفاذه الفعلى فى الواقع الاجتماعى ، أى من خطر التأخير فى تحقيق القانون .

فنشاط القاضى ، والمتمثل فى تحقيق الدعوى ، والفصل فى طلبات الخصوم ، وإصدار الحكم الموضوعى ، وتنفيذه الذى يتحقق به القانون ، كثيرا ما يستغرق وقتا ، قد يطول ، نظرا لأهمية المصلحة محل الادعاء ، وبطء اجراءات التقاضى وتعقدها ، الأمر الذى قد تضار معه مصالح الخصوم بسبب التأخير باضرار قد يتعذر تداركها أو تلافيها حتى اذا ما صدر الحكم الموضوعى بعد ذلك (١٥٠) . فقد

(١٥٠) محمود هاشم - قانون القضاء الدنى - ١٩٨١ ، ج ١ ، ص ١١٥ وما بعدها . ابراهيم سعد ، ص ٣٦٧ ، فتحى والى - الوسيط ص ١٥١ . وانظر فى فكرة القضاء الوقتى عموما ، وجدى راغب نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات - مجلة المعلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٧٣ ع ١ ص ٢٤٥ - محمد على راتب ، نصر الدين كابل ، محمد

يتعذر تنفيذ هذا الحكم بعد ذلك بسبب هلاك المال محل المنازعة ، أو نقص الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين ، أما لاختفائها أو تهريبها . ومن هنا تظهر أهمية القضاء الوقتى ودوره فى منع حدوث هذه الأضرار بالمصالح التى يحتمل أن يحميها القانون ، عن طريق اتخاذ تدابير وقتية وسريعة لحمايتها ، مثل وضع المال تحت الحراسة ، أو منع نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائن ، بالحجز التحفظى على أمواله ، أو الحكم بنفقة وقتية لمن لا يستطيع الانتظار حتى تمام الحكم فى دعوى المسؤولية ، أو اثبات واقعة يخشى زوال وضياح معالها . وذلك كله حتى تمام الحصول على الحماية الموضوعية بالاجراءات المعتادة أو لتأكيد فاعلية هذه الحماية (١٥١) .

ويمثل القضاء المستعجل الصورة الرئيسية للقضاء الوقتى ، اذ تنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات على أن « يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة والتى يخشى عليها من فوات الوقت » .

فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة السابعة ، ١٩٨٥ ، عالم الكتب ، امنية النمر ، مناهل الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة - رسالة - طبعة ١٩٧٤ ، محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - ط ٤ ، ١٩٧٧ ، كيوفندا مبادئه من ٢٢٥ . كوستا بند ٤٢ ص ٥٦ . زائوكى ج ١ ص ١٦٤ بند ١٢٨ .

Allorio per una nozione del processo cautelare. riv. dir. proc. 1936 I. p. 18

— CEZAR-BRU, Hébraud, Seignolle et ODUJ. Juridiction De président du Tribunal, T. I. Des Référé 1978.

Calamandrei, introduzione allo studio sistemantico di provvedimenti cautelari, 1936. Bertin ph. Référé civil, Répertoire de Droit procedure civile 2o éd, 1983 T. III mise a Jour Vincent et Guinchard op cit, No. 135 p. 175 et suw.

(١٥١) انظر محمود هاشم - المرجع السابق ص ١١٨ هامش ٣٢٢ .

والقضاء الوقتى يمثل بذلك نشاطا قضائيا ، يعمل بالقانون ، على ازالة عارض من عوارض النظام القانونى وهو الخطر من التأخير . ويتحدد دوره بفكرة الخطر من التأخير فى الحصول على الحماية القانونية . فعلة القضاء الوقتى تنحصر فى استحالة الحصول الفورى على الحماية الموضوعية والتنفيذية الكاملة للحق أو المركز القانونى (١٥٢) .

٥٧ - مضمون القضاء الوقتى :

تتحقق الحماية الوقتية عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير التحفظية أو الوقتية من شأنها ضمان تحقيق الحماية القانونية الكاملة للحق أو المركز القانونى . وهذه التدابير هى التى تمثل مضمون القضاء الوقتى .

١ - التدابير التحفظية :

وهى الوسائل التى تهدف الى المحافظة على الحماية الكاملة للحق أو المركز القانونى ، وبعبارة أخرى تلك التى تحافظ على الامكانية لعملية لتنفيذ الحق وتحقيقه فى المستقبل (١٥٣) . فالمصلحة فى اتخاذ هذه الوسائل تتمثل فى الخوف من احتمال عدم امكان تنفيذ الحق مستقبلا عند الحصول على الحماية الموضوعية ، ومثال هذه التدابير القرارات الخاصة بفرض الحراسة القضائية على الاموال المتنازع عليها (١٥٤) ، والأحكام الخاصة بالحجوز التحفظية ، وكذلك الأحكام

(١٥٢) زانزوكى - ج ١ ص ١٥٤ بند ٣٨ .

(١٥٣) زانزوكى - الإشارة السابقة ، وجدى راغب - مقالة ص ١٩٨ .

ابراهيم سعد ص ٣٦٩ وانظر ليمان - موجز - ١ ص ٩١ بند ٣٦ ومقالة له منشورة فى مجلة المرافعات الإيطالية
liebman. Unità del procedimento cautelare. R. D. Proc. 1954, I P. 248
publlicate nel suo volume in problemi del processo civile 1962
p. 104 -- 101.

Fenaux H. Sequestre. Rep. dr. proc. civ. 2e éd. 1983. Vn (١٥٤)

Seepuestre.

الصادرة فى دعاوى الأدلة مثل سماع الشاهد واثبات الحالة . وجدير بالذكر أن هذه التدابير لا تؤدى الى اشباع فورى لمصلحة طالب الحماية كذلك التى تؤديها التدابير الوقئية (١٥٥) .

٢ - التدابير الوقئية : mesures provisoires

وهى تلك التى يطلق عليها التدابير المعجلة (١٥٦) mesures urgentes وهى التى تؤدى الى اشباع فورى لمصلحة الطالب لا يتسنى اشباعها بالطرق العادية بسبب الوقت الذى تستغرقه . فهى تهدف الى حماية الحق حماية وقئية ثم يتم تحقيقها كاملة بعد ذلك . ولذلك قيل بأن الحماية الوقئية تحل مؤقتا محل الحماية القضائية التنفيذية . ومن أمثلة التدابير المعجلة ، القرارات الصادرة بفرض نفقة وقئية للمدعى لحين الفصل فى دعوى النفقة الموضوعية . وكذلك التعويض المؤقت لحين تمام الفصل فى دعوى المسؤولية والحكم بطرد المستأجر بصفة مؤقتة او وقف تنفيذ الحكم مؤقتا او دعوى وقف الأعمال الجديدة .

٥٨ - خصائص القضاء الوقتى :

والقضاء الوقتى يعد صورة قائمة بذاتها ومتميزة من صور الحماية القضائية ، وبالتالي فإن أدواته أى أعماله ، تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، اذ أن هذا القضاء تنحصر غايته فى تحقيق القانون عن طريق حماية الحقوق والمراكز القانونية من خطر فوات حمايتها حمائية موضوعية (١٥٧) .

(١٥٥) وجدى راغب الاشارة السابقة .

(١٥٦) وجدى راغب - الاشارة السابقة . مبادئ ص ١٥٦ .

(١٥٧) انظر كيو فندا مبادئ ص ٢٢٥ . زانزوكى ص ١٦٥ بند ٢٨ . ليبمان - موجز ص ٩٠ بند ٣٦ . وانظر كذلك كوستا - بند ٤٢ ص ٥٦ - ٥٧ . وذلك على عكس ما ذهب اليه الفقيه الوريو فى مقالته المشار اليها من انكار استقلال القضاء الوقتى ، وأن الاجراءات فى نظره نوعان اجراءات التحقيق cognizione واجراءات التنفيذ esecuzione ، أما اجراءات الاحتياطية Cautelare فلا تمثل صورة ثالثة ، وإنما هى عبارة عن حق موضوعى احتياطى . انظر عرض هذا الرأى ونقده (وجدى راغب - رسالة ص ١١٠ وما بعدها . مقالة نحو فكرة عامة ص ١٨٥ وما بعدها) .

- ويباشر القضاء الوقتى كقاعدة بإجراءات أصلية أمام محاكم الأمور المستعجلة ، تختلف عن تلك التى تباشر أمام القضاء الموضوعى ، فضلا عن اختلاف القواعد التى يخضع لها القضاء الوقتى عن تلك التى يخضع لها القضاء الموضوعى . ولهذا يتميز القضاء الوقتى بالخصائص التالية :

- يباشر القضاء الوقتى بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعى ، فالدعوى الوقتية تعد دعوى قائمة بذاتها غير تابعة للحق الموضوعى ، فهى دعوى مجردة *mera azione* (١٥٨) تباشر فى وقت لم يعرف فيه ما اذا كان الحق الموضوعى موجودا أم لا ومن هنا تستقل الدعوى الوقتية فى شرائطها عن تلك المحددة بالنسبة للدعوى الموضوعية (١٥٩) .

- ان وظيفة القضاء الوقتى ، انما هى وظيفة وقتية مساعدة *ausiliaria Subsidiaria* (١٦٠) ، تمنح لضمان تحقيق الحماية النهائية الموضوعية ، سواء كانت الدعوى الموضوعية قد رفعت بالفعل ، أم لا . ولكن ينتظر رفعها مستقبلا . وبالتالي فان رفعت الدعوى الموضوعية وانتهت وحقت هدفها ، فلا يكون للدعوى الوقتية محل . كما يتوقف اثر الدعوى الوقتية على الفصل فى الدعوى الموضوعية . فالحكم بالحراسة ينتهى بصدر الحكم فى دعوى الملكية ، كما ان الحكم الوقتى لا يقيد محكمة الموضوع ولا القاضى الوقتى ذاته (اذا ما تغيرت الظروف التى صدر فيها الحكم الوقتى) (١٦١) .

-
- (١٥٨) كيوفندا - المرجع السابق ص ٢٢٦ . زانزوكى - الاشارة السابقة - وجدى راغب مغالة ص ١٧٧ - ١٧٨ . ميكلى - ص ٦٩ بند ٢٠ . فتحى والى - الوسيط ص ١٥٢ .
(١٥٩) فتحى والى - الوسيط - الاشارة السابقة .
(١٦٠) ليبمان - موجز ص ٩١ ج ١ . كارنيولوى نظم ج ١ ص ٤٤ .
(١٦١) رزى سيف ص ٢٣٨ - المشاوى ص ٢٤٢ .

- يتميز القضاء الوقتى ثالثا بأنه يباشر بإجراءات متنوعة تتميز بانها فى مجموعها اجراءات مبسطة وبمواعيد مختصرة ، عن تلك المتطلبة أمام القضاء الموضوعى . فضلا عن أن المشرع انما يعترف للأحكام الوقتية بقوتها التنفيذية المعجلة بقوة القانون وبغير كفالة (٢٨٩ مرافعات) فلا يلزم أن يحكم القاضى الوقتى بشمولها بالنفس المعجل .

٥٩ - صور القضاء الوقتى :

يعد القضاء المستعجل الصورة النموذجية العامة للقضاء الوقتى ، والذي يباشر بإجراءات أصلية ، بدعاوى وقتية ترفع ابتداء الى قاضى الأمور المستعجلة ، الذى يحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت (م ٤٥ مرافعات) والحكم الصادر فى هذه الدعاوى يكون حكما وقتيا . غير أن القضاء المستعجل ليس هو الصورة الوحيدة للقضاء الوقتى ، اذ ينص المشرع على أحكام وقتية تصدر من غير هذا القاضى - فقد يباشر القضاء الوقتى بإجراءات فرعية أمام القضاء الموضوعى ، بمناسبة دعوى موضوعية مرفوعة اليه وقبل الفصل فيها ، وفى هذه الحالة يكون الحكم الصادر عن هذا القضاء الموضوعى فى هذه الاجراءات الفرعية ، حكما وقتيا كذلك . فلا يعتبر اجراء من اجراءات الخصومة الموضوعية ، وانما هو عمل قائم بذاته متميز من حيث طبيعته (١٦٢) .

ويعتبر قاضى التنفيذ قاضيا للأمور المستعجلة بالنسبة لاشكالات التنفيذ أو منازعات التنفيذ الوقتية التى يختص بها دون غيره (٢٧٥ مرافعات) .

يبين من كل ما تقدم أن القضاء الوقتى ليس الا صورة من صور الحماية القضائية ، وأن الأحكام الصادرة عنه تعد أحكاما قضائية بالمعنى الفنى الدقيق ، ترتب الآثار التى ترتبها أحكام القضاء كافة ..

(١٦٢) وجدى راغب - رسالة - ص ١١١ - ١١٢ . ويخل فى هذه الطائفة طلبات وقف التنفيذ التى ترفع أمام محاكم الطعن العادية وغير العادية .

المطلب الثانى

شروط منح الحماية الوقتية

٦٠ - نوعان من الشروط :

للحصول على حماية القضاء الوقتى للحقوق والمراكز القانونية المهددة ، يجب توافر طائفتان من الشروط : أن يكون القضاء الوقتى مختصا ، وأن تقبل الدعوى أمامه . ولهذا ينقسم هذا المطلب الى فرعين :
نبين فى الأول شروط اختصاص القضاء المستعجل ، وفى الثانى شروط قبول الدعوى الوقتية .

الفرع الأول

شروط الاختصاص بنظر الدعوى المستعجلة

٦١ - المقصود بها :

نقصد بشرط الاختصاص بنظر الدعاوى المستعجلة ، تلك الشروط التى قرررها المشرع حدودا لاختصاص القضاء المستعجل ، والتى ليس له تجاوزها ، وعليه وجوبا أن يحكم بعدم اختصاصه (أو ولايته) بنظرها اذا انتفت هذه الشروط ، ولا تعدو هذه الشروط أن تكون شروطا فى الطلب أو الطلبات التى تكون موضوعا للدعاوى المستعجلة .

وكثيرا ما يخلط أغلب الفقه وأحكام القضاء بين شروط قبول الدعاوى المستعجلة وبين شروط اختصاص القضاء المستعجل . فيتحدثون عن اختصاص القاضى المستعجل ويحددونه بشرطين هما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، ويوجبون على القاضى المستعجل أن يحكم بعدم الاختصاص اذا انتفى هذان الشرطان ، أحدهما أو كلاهما . ثم يتحدثون

عن شروط قبول الدعوى المستعجلة . المصلحة والصفة وغيرها (١٦٣) ،
وتارة يجعلون الاستعجال شرط لقبول الدعوى المستعجلة ، وتارة يجعلونه
شرط لاختصاص القضاء المستعجل .

والواقع أن هناك فروقا كبيرة بين مسألة قبول الدعوى المستعجلة
وبين مسألة الاختصاص بها . إذ أن بحث مسألة قبول الدعوى من عدمه
انما يأتى فى مرحلة لاحقة على بحث مسألة الاختصاص بها . إذ أن
بحث مسألة القبول تفترض لزوما أن تكون المحكمة مختصة بنظر هذه
الدعوى . ومن ناحية أخرى ، فإن ما يرتبه الحكم بعدم القبول يختلف
عما يرتبه الحكم بعدم الاختصاص من آثار ، وأهمها التزام المحكمة التى
تقرر عدم اختصاصها بنظر دعوى معينة بأن تحيل الدعوى الى الجهة
ذات النولاية أو الى المحكمة المختصة (م ١١٠) . ومن المقرر سريان هذه
المادة - كقاعدة - على القضاء المستعجل (١٦٤) . ولهذا وجب التفرقة
بين شروط قبول الدعوى المستعجلة ، وبين شروط اختصاص القضاء
المستعجل .

٦٢ - تحديد شروط الاختصاص بنظر الدعاوى المستعجلة :

رأينا فيما سبق ، أن هذه الشروط لا تعدو أن تكون شروطا فى
الطلب المرفوعة به الدعوى المستعجلة ، وهى شروط ثلاثة : أن يكون
الطلب داخلا فى ولاية القضاء المستعجل ، وأن يكون الطلب وقتيا ،
وأخيرا ألا يكون متفق على التحكيم فيه . وذلك على التفصيل التالى :

(١٦٣) أنظر راتب ، كامل ، راتب ، ط ٧ ، ج ١ ، ص ٥ بند ١
وما بعدها ، وبند ٤٦ ص ٧٦ وما بعدها . مرجة ص ٦١ وما بعدها .
قارن وجدى راغب مبادئ ص ٢٥٥ إذ يحدد شروط اختصاص القضاء
المستعجل فى أن يكون المطلوب اجراء وقتيا وأن يكون هناك استعجال وأن
يكون الحق راجحا . ثم تحفظ بالنسبة لشرط الاستعجال ورجحان الحق
وقرر انهما فى حقيقتهما شرطان لقبول الدعوى ، ومن ثم فإن الحكم الصادر
بشأن انتقضائهما هو حكم بعدم القبول أو الرقضى (مبادئ ص ٢٦١) .
(١٦٤) راتب ، كامل ، راتب ، المرجع السابق ص ٩٦ وما بعدها
بند ٥٨ . وجدى راغب - مبادئ ص ٢٦٠ - ٢٦١ .

٦٣ - ١ - أن يكون الطلب مما يدخل فى ولاية القضاء العادى

ومن ناحية ثانية ، يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بنظر الطلب الوقتى ، أن يكون هذا الطلب مما يدخل فى ولاية القضاء العادى (المدنى) ، وذلك لأن القضاء المستعجل فرع من هذا القضاء ، وحيث يخرج الحق أو المركز الموضوعى المطلوب حمايته حماية وقتية ، عن ولاية القضاء المدنى ، فانه بالتالى يخرج عن ولاية القضاء المستعجل . وعلى ذلك لا يملك القضاء المستعجل أن يحكم باجراءات وقتية تتعلق بأعمال السيادة ، وان كان القضاء المستعجل يملك الفصل فى مدى تعلق الاجراء بعمل من أعمال السيادة من عدمه ، وذلك كله من فحص ظاهر المستندات . كما لا يملك القضاء المستعجل الأمر باجراءات وقتية تتصل بقرارات أو عقود ادارية ، أو قرارات لجان ادارية ذات اختصاص قضائى (١٦٥) .

٦٤ - ٢ - أن يكون الطلب وقتيا :

ويقصد بالطلب الوقتى أن يطلب المدعى فى دعواه الحكم له بتدبير من التدابير الوقائية التى تشكل مضمون القضاء الوقتى . وبعبارة اخرى أن يقتصر المدعى فى طلبه على الحكم باجراء وقتى لازم لدرء خطر محقق يهدد الحق أو المركز القانونى ، المطلوب حمايته ، ولو لم يتخذ هذا الاجراء الفورى العاجل . فان كان الطلب غير ذلك ، بان يهدف المدعى منه تقرير حق أو نفيه ، أو الزام المدعى عليه باداء معين يستحقه ، أو بأحداث تغيير فى مركز قانونى معين ، فان هذا الطلب يعتبر طلبا موضوعيا يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل . حيث أن سلطة هذا القضاء تقتصر على الحماية الوقائية وتنحصر عن الحماية الموضوعية .

وهذا الشرط هو ما عبرت عنه المادة ٤٥ مرافعات بقولها « يندب .. ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة

(١٦٥) أنظر تفصيلا - راتب - كلمل - راتب - ط ٧ ، بند ١٠٣ ، ص ١٤٩ وما بعده ، وهرجة ، ص ١١ وما بعدها .

التي يخشى عليها من فوات الوقت » . ويعبر الفقهاء عن هذا الشرط « بعدم المساس بأصل الحق » (١٦٦) .

وبعدم المساس بأصل الحق ، وإن اعتبر شرطاً لاختصاص القضاء المستعجل ، فهو في الوقت نفسه قيد على سلطة هذا القضاء (١٦٧) . وقد قضت محكمة النقض بأن اجابة الطلب الوقتي مرهون بعدم المساس بأصل الحق ، حيث أن اختصاص القضاء المستعجل قاصر على الاجراءات الوقتية ، ولا يجوز الاتفاق على اسياغ اختصاص آخر له (١٦٨) . هذا وسوف نزيد هذه النقطة ايضاحاً فيما بعد .

ومن المقرر أن القاضي المستعجل لا يقضى بعدم اختصاصه لمجرد أن الحكم بالاجراء الوقتي يقتضى بحثاً يمس أصل الحق ، بل أن هذا انقاض مكلف ببحث منازعات الطرفين توصلاً لتحديد اختصاصه ، والقاضي وإن كان ممنوعاً من الفصل في أصل الحق ، فإنه ليس محرمًا عليه محص الموضوع فحصاً ظاهرياً من ظاهر المستندات ، حتى يتوصل الى القضاء في الاجراء الوقتي المطلوب منه ، اجابة أو نغياً (١٦٩) .

(١٦٦) راتب ، كامل ، راتب - المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها .
وجدي راغب - مقالة ص ٢٢٢ ، مبادئ ص ٢٥٥ . العشماوي ، ص ١٧٥ ،
محمد حامد فهمي ، ص ١٥٢ ، فتحي والي ، الوسيط ص ١٥٧ ، إبراهيم
سعد ، ص ٣٧٧ ، أحمد مسلم ، بند ٢٣٧ ، رمزي سيف ، بند ٢٠٧ ،
يروليارد ص ١٥٨ ، موريل ، ص ١٦٨ ، جاييو ، ص ٥٩٩ .

(١٦٧) عبد الباسط جيمعي . نظرية الاختصاص ، ص ١٢٦ ، قارن
وجدي راغب الذي يقرر أن عدم المساس بأصل الحق يمثل الجانب السلبي
من الشرط وهو منع القاضي المستعجل من التعمق في بحث الأدلة أو تفسير
المستندات (مبادئ ، ص ٢٥٩) .

(١٦٨) نقض ١٩٨٧/١/٨ في الطعنين ١٥٧٠ ، ١٥٧٣ لسنة ٥٢ ق .
مجلة القضاة ، ص ٢١ ، ص ٢٥٩ - ١٩٧٨/١١/١٨ - المجموعة ، ص ٢٩ ،
ص ١٧١٣ .

(١٦٩) راتب - كامل - راتب ، المرجع السابق ، بند ٢١ ص ٣٦
وما بعدها . وقد استقر قضاء النقض على أن « قاضي الأهور المستعجلة
ليس ممنوعاً من بحث مستندات الطرفين ليستخلص منها ما يبدو للنظر
الأولى أنه وجه الصواب في الاجراء المستعجل المطلوب مع بقاء أصل
الحق سليماً » (نقض ١٩٥٣/٥/١٤ ، ص ٤ ، ص ١٠١٢ ، ١٩٥٢/٦/٥ ،
ص ٣ ، ص ١٢٩) .

ومن ناحية أخرى ، فإن القاضى المستعجل يملك تحرير الطلبات فى الدعوى (١٧٠) فإذا طلب المدعى طلبا معينا ، فلا يتقيد القاضى المستعجل بهذا الطلب ، فله أن يقضى بغيره وفقا لما يراه محققا للحماية الوقتية ، بشرط ألا يضر ذلك بالخصم المحكوم عليه بأكثر من الضرر الذى يمكن أن يلحقه لو قضى القاضى بالاجراء المطلوب . ويرى البعض (١٧١) أن القاضى المستعجل يملك « تحويل الطلبات » ولو كانت طلبات موضوعية الى طلبات وقتية . ويتحفظ البعض على ذلك ، بأن القاضى المستعجل لا يملك ذلك الا اذا كان الطلب الموضوعى يحتوى ضمنا على طلب وقتى (١٧٢) .

هل يوجد فرق بين الطلب الوقتى والطلب المستعجل ؟

يفرق البعض بين وقتية الاجراء وبين الاستعجال ، ويرون استقلال كل منهما عن الآخر . حيث يكون الاجراء وقتيا ولكنه غير مستعجل ، فلا يدخل من ثم فى اختصاص القضاء المستعجل ، وقد يكون الاجراء وقتيا ولكن الفصل فيه يقتضى بحثا موضوعيا غير باد من ظاهـر المسندات ، فيخرج من ثم عن اختصاص القضاء المستعجل (١٧٣) . ويضربون لذلك مثلا بطلب وقف الاعمال الجديدة او طلب استرداد الحيازة ، الذى يعد طلبا وقتيا لأنه لا يفصل فى أصل الحق ولكنه ليس حكما مستعجلا رغم انه وقتى .

ورغم تقديرنا لهذا الراى ، فإننا لا نسلم بوصف الحكم الصادر فى دعاوى الحيازة بأنه حكم وقتى . اعتبارا بأن قاضى الحيازة لا يفصل

-
- (١٧٠) عبد الباسط جيمعى ، مبادئ ص ١٣١ - ١٣٢ ، فتحى والى ،
بند ٨٥ ، ص ١٥٨ ، ١٥٩ .
(١٧١) عبد الباسط جيمعى ، الاشارة السابقة ، نقض ١٩٥٨/٤/١٠
س ٩ ، ص ٢٦٨ .
(١٧٢) وجدى رانجب ، مبادئ ، ص ٣٥٧ .
(١٧٣) رانجب - كامل - رانجب ، ط ٧ ، ج ١ ، ص ٣١ ، ٣٢ بند ١٨ .

فى أصل الحق شأنه شأن قاضى الأمور الوقتية (١٧٤) . لأن دعاوى الحيازة تعد دعاوى موضوعية والحكم فيها يعتبر حكما موضوعيا ، حيث أنها تحمى الحيازة - كمركز - لذاتها ، مستقلة عن الحق ، وهى لذلك تدخل فى اختصاص القضاء الموضوعى . ولكن ليس هناك ما يمنع من رفع دعاوى حيازة وقتية ، مثل دعوى استرداد الحيازة المسلوية ، اذا توافرت شروط الدعوى الوقتية فيها ، الى القضاء المستعجل (١٧٥).

وواقع الأمر أنه لا يوجد فرق بين وقتية الاجراء والاستعجال ، فالطلب الوقتى هو نفسه الطلب المستعجل . والدعوى المستعجلة هى ذاتها الدعوى الوقتية . غير أنه من الناحية الفنية البحتة ، تعد وقتية الاجراء شرط لاختصاص المحكمة بنظره وقيد على سلطتها بشأنه ، أما الاستعجال فهو شرط لقبول الدعوى أمام القضاء المستعجل ، والا انتفت المصلحة فى اللجوء الى هذا القضاء .

٦٥ - ٣ - عدم الاتفاق على التحكيم :

تجيز الانظمة كافة للأفراد الاتفاق على التحكيم (١٧٦) بشأن نزاع معين بين الطرفين للفصل فيه بطريق التحكيم بدلا من المحكمة المختصة ، واختلف الراى حول أثر هذا الاتفاق على سلطة القضاء ، وهل يؤدى قيامه الى عدم قبول الدعوى أمام المحاكم بشأن المنازعة المتفق على التحكيم فيها ؟ ، أم يؤدى ذلك الى عدم اختصاص المحاكم بنظر هذه الدعوى ، فذهب رآى الى أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحاكم ، وانما يمنعها من سماع الدعوى . ومن ثم يكون الدفع بوجود

(١٧٤) كما ذهب الى ذلك بالفعل كثير من الشراح - أبو الوفا ، ط ١٢ بند ١٦٨ ص ١٦٤ ، أمينة النمر - رسالة ، ص ١٧٦ . راتب وكامل وراتب - الإشارة السابقة - كيوفندا - المطول ، ص ٢٦٠ .
(١٧٥) فتحى والى - الوسيط - ص ١٥٣ ، وجدى راغب - مذكرات ص ١٧١ . راتب ، كامل ، راتب ص ٣٧٩ وما بعدها ، بند ٢١٠ .
(١٧٦) انظر للمؤلف بحث بعنوان « اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء ١٩٨٥ » :

اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول وليس بعدم الاختصاص (١٧٧) .
بينما ذهب الرأى الراجح الى القول بأن هذا الدفع هو دفع بعدم
الاختصاص (١٧٨) . وذهب رأى آخر فى الفقه المصرى الى اعتبار هذا
الدفع دفع بانتفاء ولاية القضاء (١٧٩) . وهذا هو رأينا .

وطالما أباح القانون للأفراد الاتفاق على عرض منازعات الحق
على التحكيم بدلا من المحكمة المختصة ، فمن باب
أولى يجيز لهم عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم بدلا من
المحاكم (١٨٠) .

وعلى ذلك اذا وجد اتفاق على التحكيم بشأن عرض المنازعات
الموضوعية والمستعجلة بخصوص نزاع معين بين الأفراد ، على التحكيم ،
فمن الواجب احترام هذا الاتفاق ، ويجب على القاضى المستعجل أن
يحكم بانتفاء ولايته بنظر الطلب الوقتى الذى اتفق على التحكيم
بشأنه (١٨١) .

(١٧٧) أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى ، ١٩٧٨ ،
بند ٤٥ ، ص ١١٩ ، فتحى والى - الوسيط ، ص ٩٣١ ، امينة النمر -
توانين المرافعات ، ج ٣ ، ص ١٥٣ . وانظر فى عرض هذا الرأى ونقده ،
محمود هاشم . اتفاق التحكيم ، ص ١٦٥ وما بعدها . نقض ١٩٧٦/١/٦
ص ٢٧ ، ص ١٣٨ ، ١٩٧٥/٤/٣٠ ، ص ٢٦ ، ص ٩٠٤
(١٧٨) وهذا هو الرأى السائد فى الفقه الفرنسى وكذلك القضاء
الفرنسى ، وجانب من الفقه الايطالى . راجع ذلك تفصيلا فى بحثنا المشار
اليه ص ١٦٢ وما بعدها .
(١٧٩) د . محمود هاشم ، البحث المشار اليه ، ص ١٦٧ وما بعدها ،
والاحكام المشار اليها فى هذه الصفحات .
(١٨٠) راتب ، كامل ، راتب ، للرجع السابق ، بند ٤٨ ص ٨٥ - ٨٦
(١٨١) راتب ، كامل ، راتب ، الاشارة السابقة ، انظر تفصيلا فى
جواز التحكيم فى المسائل المستعجلة ، بحثنا المشار اليه ص ٩٤ - ٩٥ .

الفرع الثانى

شروط قبول الدعوى الوقتية

٦٦ - تحديد :

إذا كان المشرع المصرى قد نظم - بنصوص خاصة - بعض الدعاوى الوقتية (المستعجلة) وهى الدعاوى المسماة ، أى التى أطلق المشرع عليها مسميات مختلفة ، مثل دعوى الحراسة (م ٧٢٩ مدنى) ، ودعوى سماع الشاهد (٩٦ اثبات) ، ودعوى اثبات الحالة (م ١٠٣٣ اثبات) واشكالات التنفيذ ، أى منازعات التنفيذ الوقتية (م ٣١٢ مرافعات) وغيرها (١٨٢) . فان ذلك لا يعد حصرا من المشرع للدعاوى المستعجلة ، حيث أن المشرع قد أورد تنظيما عاما للدعوى الوقتية أيا كانت مسمياتها ، وأيا كانت المحكمة التى ترفع إليها ، والتى يجب تطبيق هذا التنظيم بقواعده على كل دعوى وقتية لم يسمها المشرع أو يخصها بتنظيم خاص . إذ يعد هذا التنظيم بمثابة القواعد العامة للدعوى المستعجلة .

ويشترط لقبول الدعوى الوقتية ما يشترط لقبول الدعوى بصفة عامة ، سواء كانت شروطا ايجابية أم شروطا سلبية ، مع خلاف نوضحه فيما بعد .

أولا - الشروط الايجابية

٦٧ - شرطان : الشروط الايجابية هى تلك التى يجب توافرها حتى تقبل الدعوى ، هما شرطان : المصلحة والصفة :

(١٨٢) انظر فى تفاصيل وشرح هذه الدعاوى المستعجلة المسماة ، أى تلك الدعاوى التى يكون موضوعها من المسائل المستعجلة بنص القانون .
راتب - كامل - راتب - الطبعة السابعة ، ج ١ ص ٢٨٧ وما بعدها ،
مصطفى هرجة - أحكام وآراء فى القضاء المستعجل والتنفيذ الوقتى ١٩٨٦ ،
دار الثقافة للطباعة والنشر ، ص ٧٥ وما بعدها .

١ - المصلحة فى الدعوى الوقتية

٦٨ - يجب لقبول الدعوى الوقتية أن يكون لرافعها مصلحة فى رفعها ، حيث لا دعوى بغير مصلحة ، وذلك تطبيقاً للمادة الثالثة من قانون المرافعات . والمصلحة هى الفائدة العملية التى تعود على رافع الدعوى من الحكم له بمطلوبه فيها ، بفرض صحة دعواه . وهى لذلك مناط الدعوى .

وحتى يتوافر هذا الشرط لابد أن تكون المصلحة قانونية أى مشروعة ، وأن تكون مصلحة قائمة ، وتتميز الدعوى الوقتية بالنسبة لهذا الشرط عن غيرها من الدعاوى ، بعنصر الاحتمال ، سواء بالنسبة للحق الذى تحميه هذه الدعوى ، أو بالنسبة للاعتداء عليه (١٨٣) ، وذلك على النحو الآتى :

٦٩ - ١ - قانونية المصلحة : احتمال وجود الحق : *Fumus boni Juris*

يقصد بقانونية المصلحة أن يتمسك رافع الدعوى بحق أو مركز قانونى (١٨٤) .

ويتخذ هذا الشرط مفهومًا خاصًا بالنسبة للدعوى الوقتية . حيث أن هذه الدعوى - وعلى ما رأينا - دعوى قائمة بذاتها ، مستقلة عن الحق الموضوعى المراد حمايته . ومن ثم فهى لا تفترض وجود هذا الحق - كما فى الدعوى الموضوعية - غير أن ذلك لا يعنى أن الدعوى الوقتية تباشر دون وجود صلة بينها وبين الحق الذى تحميه . إذ أن سبب الحماية الوقتية يكمن فى المحافظة على الحماية الكاملة والنهائية لحق أو مركز قانونى . وعلى ذلك يجب - بداهة - لمباشرتها أن يكون

(١٨٣) فتى والى - الوسيط ، ص ١٥٥ بند ٨٤ .

(١٨٤) أنظر فى مفهوم هذا الشرط ، محمود هاشم - قانون القضاء

الدنى ، ج ٢ ، ص ٦٠ . بند ٣٢ .

هناك احتمال ظاهر لوجود هذا الحق (١٨٥) أو المركز القانوني المطلوب حمايته حماية وقتية ، تمكيناً وتمهيداً لحمايته حماية نهائية ، فإذا انتفى هذا الاحتمال فلا يكون لتدخل القضاء معنى أو مبرر (١٨٦) .

وتوافر هذا الشرط يقتضى وجود :

- قاعدة قانونية تحمى الحق المحتمل الوجود . سواء كانت قاعدة تشريعية ، أو كانت قاعدة عرفية . فإذا لم توجد هذه القاعدة ، فلا تقبل الدعوى بحماية هذا الحق المزعوم حماية وقتية ، وعلى ذلك فإذا طالب الدائن بتقرير نفقة وقتية يجب أن يكون حق الدائن مما يحميه القانون ، والا كانت دعواه غير مقبولة ، ومن ثم لا تقبل دعوى المطالبة بنفقة وقتية المرفوعة من دائن بدين غير مشروع ، كما لو كان دين قمار ، كما لا تقبل الدعوى الوقتية التي ترفعها خلية على خليلها بتقرير نفقة وقتية لها ، إذ أن القانون لا يحمى هذه الأنواع من المصالح (١٨٧) .

- أن تكون وقائع الدعوى الوقتية مما تظهر احتمال وجود الحق المطالب بحمايته من الناحية الفعلية (١٨٨) بمعنى أن يقدم المدعى من الوقائع ما يكفي لحمل الاعتقاد على وجود هذا الحق .

٧٠ - ٢ - واقعية المصلحة : الاستعجال أو الخطر من فوات الوقت

لا يكفي أن تكون المصلحة قانونية بالمعنى المتقدم ، حتى تقبل اندعوى الوقتية ، وإنما يلزم أن تكون هذه المصلحة واقعية ، وهى التى

(١٨٥) أو كما يقول ساتا Possibilità che esista il diritto ، بند ٣ ص ٥٧ ، كيوفندا - مبادئ ، ص ٢٢٧ ، ميكيلي ، ج ١ ، ص ٦٨ ، زانزوكي ج ١ ، ص ١٦٨ .

(١٨٦) ويجب على القاضى أن يقضى برفض الدعوى (فتحى والى - الوسية - ص ١٥٥) ، وأن كان الأفضل أن يحكم بعدم قبول الدعوى (انظر محمود هاشم ، ج ٢ ، ص ١٢٣ هامش ٤٤ راتب - كامل - راتب . ط ٧ ، ج ١ ، ص ٧٧ بند ٤٦) .

(١٨٧) انظر فتحى والى - الوسيط - ص ١٥٥ بند ٨٤ ، إبراهيم سعد ص ٣٧٣ .

(١٨٨) فتحى والى - الاشارة السابقة . كوستا ص ٥٧ .

عبر عنها المشرع « بالمصلحة القائمة » (١٨٩) ، أى لابد أن يكون هناك مبرر للحصول على الحماية الوقائية بتدابيرها المعجلة .

وبعبارة أخرى لا يكفي أن يكون هناك احتمال ظاهر لوجود الحق المراد حمايته حماية وقائية ، وإنما لابد أن يكون هناك خطراً يهدد هذا الحق وحمايته ، وأن يكون من شأن الالتجاء الى اجراءات التقاضى العادية أن يولد خطراً معيناً ، يتمثل فى عدم امكانية الحصول على الحماية النهائية للحق أو المركز القانونى . وهذا الخطر هو ما يعرف فى الفقه الفرنسى بالاستعجال L'urgence (١٩٠) ، وفى الفقه الايطالى بالخطر من فوات الوقت Periculum in mora (١٩١) .

ويشترط فى هذا الخطر أن يكون عاجلاً ، أى من شأنه أن يجعل الضرر وشيك الوقوع ، يمكن أن يقع فى أى لحظة (١٩٢) ، وفضلاً عن ذلك يجب أن يكون الضرر المتوقع الحدوث (المحدث) أن يكون من الأضرار التى يتعذر تداركها Pregiudizio irreparabile (١٩٣) . هذا وقد عبر القانون المصرى عن الخطر العاجل المبرر للقضاء الوقتى « بالأسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت » (م ٤٥ مرافعات) .

(١٨٩) أنظر تفصيلاً كتابنا - قانون القضاء المدنى ، ج ٢ ، ص ٦٨ بند ٣٨ .

(١٩٠) سيزار يرو ، هيبرو وسينول - الطبعة الخامسة التى قدم لها odoul سنة ١٩٧٨ بند ١٧ ، موريل ، ص ١٩٧ ، غنسان وجونشار ، بند ١٣٨ ، ص ١٧٩ ، ومعهم جانب من الفقه المصرى . أبو هيف ، بند ١٠٥٣ ، رمزى سيف ، بند ٢٠٥ ، أبو الوفا ، ص ٣١٤ راتب - كامل - راتب ط ٧ ، ج ١ ، ص ٢٦ .

(١٩١) كيوفندا - الإشارة السابقة ، كوستا ، الإشارة السابقة ، ميكيلي ، الإشارة السابقة ، زانزوكى ص ١٦٨ . وجانب من الفقه المصرى . محمود هاشم ، ج ١ ، ص ١٢٤ ، فتحي والى - الإشارة السابقة . وجدى راغب - مقالة - ص ٢٤٦ .

(١٩٢) وجدى راغب ، مقالة ، ص ٢٣٦ . مبادئ ، ص ٣٦٧ .

(١٩٣) ميكيلي - بند ٢٠ ، وجدى راغب - مقالة ص ٢٤١ .

ولقد حاول الفقهاء وضع تعريف محدد للاستعجال أو الخطر من فوات الوقت . فمنهم من عرفه بأنه الضرر النهائي الذى لا يؤدى تحقيق الحق - عينا أو بمقابل ، بعد الاعتداء عليه - الى اشباع حل للمصلحة التى يضمناها الحق (١٩٤) ، أو الضرر الذى لا يكفى لازالته الحكم الموضوعى المقبل (١٩٥) ، أو الضرر الذى لا يمكن تلفيه اذا لجأ الخصوم الى القضاء العادى (١٩٦) . كما عرفه البعض الآخر بأنه الضرورة التى لا تحتتمل تاخيرا والتى يكون فيها الضرر محقق ، والذى لا يكفى لتداركه رفع الدعوى المعتادة ولو بتنقيص المواعيد (١٩٧) . والواقع ان كل هذه التعريفات صحيحة فى ذاتها لأنها تعبر - بوضوح - عن الضرورة الملجئة للحصول على الحماية الوقتية ، درءا لخطر فوات الحماية النهائية الناجم عن فوات الوقت .

وتقدير توافر الخطر من التأخير بشروطه انما يكون بالنظر الى الظروف الموضوعية للدعوى ، أى الى طبيعة الحق المطلوب حمايته وما يحيط به من ظروف ، وليس من فعل الخصوم أو اتفاقهم . فلا عبرة بما يضيفه المدعى على طلباته من أوصاف ، ولو وافقه المدعى عليه على أضفاء وصف الخطر أو نفيه (١٩٨) ، فلا يتوافر الاستعجال لمجرد رغبة المدعى

(١٩٤) وجدى راغب - الإشارة السابقة .

(١٩٥) فتحي والى - قانون القضاء المدنى ، ص ٢٦٠ .

(١٩٦) أمينة النمر - مناهج الاختصاص ، رسالة ، بند ٣٠ ، ص ٤٩ .

(١٩٧) أبو هيف ، بند ١٠٥٣ ، ص ٧٤٤ . ويقترب منه تعريف راتب -

كامل - راتب ، طبعة ٧ ، ج ١ ، بند ١٣ ص ٢٦ الذى يعرفونه بأنه الخطر الحقيقى المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه والذى يلزم درؤه عنه بسرعة لا تكون عادة فى التقاضى العادى ولو قصرت مواعيده . تارن الشراوى . شرح ، بند ١٦٠ وعرفه محمد حامد نهى بأنه الضرورة الداعية الى اتخاذ الاجراء المؤقت المطلوب بند ١٤٠ ص ١٥٢ . جليو ، ص ٥٩٨ . موريل ١٩٧ . بريليارد ، بند ١٦٢ .

(١٩٨) أمينة النمر . رسالة ، بند ٧٣ ، أبو هيف ، ص ٧٤٤ ،

فتحي والى - قانون القضاء ، ص ٢٦٠ ، راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ،

ج ١ ، ص ٢٧ .

مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٣/٥/٢٨ فى الدعوى رقم ٧٨٥ لسنة

١٩٨٣ . مستعجل مستأنف القاهرة ١٩٨٣/٤/١٨ فى الدعوى ٤٥٥

لسنة ١٩٨٣ .

فى الحصول على حكم مستعجل فى طلباته ، كما أن تأخير المدعى فى الالتجاء الى القضاء المستعجل ، من شأن هذا التأخير أن يزيل صفة الاستعجال عن الواقعة ، وجب على القاضى أن يقضى بعدم قبـول الدعوى (١٩٩) .

وتقدير توافر الاستعجال من عدمه مسألة تتعلق بوقائع الدعوى تستقل بتقديرها المحكمة التى تنظر الدعوى المستعجلة ، ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض (٢٠٠) ، ولا يجوز من ثم اثاره الدفع بعدم الاختصاص أمام محكمة النقض لأول مرة (٢٠١) .

ويتعين توافر شرط الخطر من فوات الوقت (الاستعجال) وقت الحكم فى الدعوى ، اذ لا يكفى توافره عند رفعها فحسب ، فان توافر الشرط عند رفع الدعوى ، وزال قبل الفصل فيها لاي سبب من الاسباب ، وجب على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى . أما اذا كان الاستعجال متوافرا عند الفصل فى الدعوى ، تعين على المحكمة أن تقضى فى الدعوى، ولو لم يكن متوافرا عند رفعها (٢٠٢) .

ويلاحظ أن الخطر من التأخير انما هو خشية حالة (٢٠٣) ، وبالتالي فان المصلحة التى تبرر الالتجاء الى القضاء المستعجل انما هى

(١٩٩) قارن راتب ، كامل ، راتب ، الاشارة السابقة ويقررون انه يجب أن تحكم المحكمة بعدم الاختصاص وليس بعدم القبول . وفى نفس الاتجاه مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٣/٥/٢٨ ، المشار اليه .
(٢٠٠) نقض ١٩٦٢/٣/١٤ - المجموعة س ١٣ - ص ٣٠٣ ، نقض ١٩٦٢/٣/٥١ ، المجموعة س ٢ ص ٤٥٨ - راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، ج ١ بند ١٧ ص ٣١ .

(٢٠١) نقض ١٩٥١/١١/٢٩ المجموعة س ٢ ، ص ١٢٩
(٢٠٢) محمد عبد اللطيف ، ص ٣٣ - محمد على رشدى - قاضى لامور المستعجلة ، ط ٢ ، بند ٣٩ راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، ج ١ ، ص ٣٠ ، بند ١٥ - أمينة النهر - بند ٦٩ ص ٩٨ - وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٢٥٨ ، عكس ذلك العشماوى - ص ٢٥٦ .
(٢٠٣) انظر كيوفندا - نظم ج ١ بنو ٨٢ - فتحى والى - الوسيط ص ١٥٦ .

مصلحة حالة وليست محتملة ، وهى الخوف من الأضرار التى قد تلحق بالحق الموضوعى نظرا لفوات الوقت ، أما الضرر ذاته فهو المحتمل . وذلك بعكس المصلحة فى الدعاوى الوقائية التى تكفى فيها المصلحة المحتملة (م ٣ مرافعات) . مثل دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ودعوى التزوير الأصلية والتى تقى حامل المحرر من خطر انكار الخط أو التوقيع من جانب الصادر عنه المحرر بعد ذلك ، لتقى المدعى من خطر الاحتجاج عليه بالمحرر المزور . وهذه الدعاوى بالرغم من اعتبارها دعاوى وقائية إلا أنها تعد دعاوى موضوعية وليست وقتية ، ومن ثم ترتب الأحكام الناصدة فيها حجية الأمر المقضى باعتبارها أحكاما تقريرية ، فضلا عن أن هذه الدعاوى ترفع أمام القضاء الموضوعى وليس أمام القضاء المستعجل (٢٠٤) .

ب - الصفة فى الدعوى الوقتية

La qualité

٧١ - مفهومها :

لا يكفى لقبول الدعوى الوقتية أن يكون لرافعها مصلحة قانونية حالة ، بل يتعين فيمن يطلب الحماية الوقتية ، وفيمن تطلب فى مواجهته هذه الحماية ، أن يكون ذا صفة بالنسبة للحق المطلوب حمايته . وتثبت هذه الصفة (٢٠٥) فيمن قامت به الحاجة أو الضرورة الى هذه الحماية الوقتية ، أى لمن يزعم أن له حقا أو مركزا - ولو محتملا - مهدد بأضرار وشيكة الوقوع ، لا يكفى لدرئها اللجوء الى اجراءات التقاضى العادية . وهذه هى الصفة الايجابية ، أما الصفة السلبية فتبت لمن يحتمل أن يكون طرفا سلبيا فى الحق أو المركز المحتمل ، والذى تسبب بفعله فى التهديد

(٢٠٤) انظر دراسة لهذه الدعاوى الوقائية فى رسالة الدكتور حمدي عبد الرحمن بالفرنسية ، والمنشورة بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٧٣ . وجدى راغب - مقالة ص ٢٣٩ - ٢٤٠ .
(٢٠٥) انظر تفصيلا فى شرط الصفة فى الدعوى المستعجلة ، راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، ج ١ ، ص ٤٦ ، ص ٧٩ . أبو الوفا - المرافعات - ط ١٤ ، ١٩٨٦ ، ص ١٢٣ هامش (١) بند ١٠٥ .

بالاعتداء على الحق أو المركز القانونى ، أى الذى أحدث الضرورة الملجئة الى القضاء الوقتى . فإذا انتفت الصفة الايجابية كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها من غير ذى صفة ، وان انتفت الصفة السلبية كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها على غير ذى صفة .

ويلاحظ ان القضاء الوقتى وهو بصدد بحث شرطى المصلحة والصفة انما يكتفى بان يثبت توافرها من عدمه حسب ظاهر الأوراق ، دون أن يتعمق أو يتغلغل فى صميم الموضوع أو على ما جرى به تعبير القضاء أن يكون بحثاً ظاهرياً وبالقدر اللازم لطبيعة الدعوى المستعجلة ، ويكفى ثبوتها من ظاهر الأوراق ، ولا يملك أن يفصل بشكل قطعى فى صفات الخصم (٢٠٦) .

ثانياً - الشروط السلبية

٧٢ - تحديدها :

لا يكفى توافر الشروط الايجابية السابقة لقبول الدعوى المستعجلة وانما يجب توافر الشروط السلبية كذلك . وهى مجموعة من الأسباب التى يؤدى تحققها الى عدم قبول الدعوى المتعلقة بها . ولذلك يجب عدم تحقق سبب من هذه الأسباب حتى تقبل الدعوى ، ومن اهم الأسباب التى يجب عدم تحققها لقبول الدعوى المستعجلة ما يلى :

١ - عدم سبق الفصل فى الدعوى :

الدعوى المستعجلة ، شأنها شأن أى دعوى أخرى ، يلزم لقبولها ألا يكون قد سبق الحكم فى موضوعها ، احتراماً لحجية الحكم المستعجل ،

(٢٠٦) راجع احكام محكمة القاهرة للامور المستعجلة الصادرة منها فى ١٩٧٩/١٠/٢٢ فى الدعوى ١٩٧٩/٤٩٧٧ ، ١٩٨٠/٢/١٤ فى الدعوى ١٩٧٩/٦٩٣٧ . أشار اليها مصطفى مرجة فى احكام وراء المشار اليه ، ١٩٨٦ ص ٣١٢ . ويعبر الفقه التقليدى المصرى واحكام القضاء عن الصفة فى الدعوى بتمبير « المصلحة الشخصية المباشرة » . رانب - كامل - راتب ط ٧ ، ص ٧٩ . والاحكام السابقة .

اعتبارا بأن هذا الحكم وإن كان حكما وقتيا ، ليست له حجية أمام قضاء الموضوع ، إلا أنه يجوز الحجية قبل القضاء المستعجل نفسه ، بحيث لا يجوز إثارة النزاع ذاته أمامه مرة أخرى ، طالما لم تتغير الظروف التي صدر فيها الحكم الأول (٢٠٧) . ولقد استقر قضاء محكمة النقض على أن الأحكام التي تصدر في الإجراءات المستعجلة وقتية ، إلا أنها تقيّد القضاء المستعجل وتلزم طرفي الخصومة ، فليس للأول أن يعدل بقرار ثان عما قضى به أولا ، وكذلك ليس للآخرين أن يرفعوا دعوى ثانية بذات الموضوع .. بقصد الوصول إلى حكم مانع أو معدل للحكم الأول .. إلا إذا حصل تغيير أو تعديل في الوقائع المادية أو في المركز القانوني للطرفين أو لأحدهما (٢٠٨) .

— عدم تحقق ما يقضى على حق الدعوى المستعجلة :

ينقض حق الدعوى المستعجلة ، شأن أي دعوى أخرى . بسبب ارادى كالتنازل عنها أو تركها ، أو اتفاق الخصوم على الصلح بينهما (٢٠٩) ، أو بسبب غير ارادى مثل نزع ملكية العقار محل دعوى الحراسة القضائية .

تلك هي الشروط المطلوبة لقبول الدعوى الوقتية ، فإذا انتفى شرط منها ، تعين الحكم بعدم قبولها (٢١٠) .

(٢٠٧) أنظر محمود هاشم ، قانون القضاء المدني ، ج ١ ، ص ١٢٩ ، فتحى والى ، الوسيط - ص ١٧٣ . أمينة النمر ، بند ٢٢٠ ، إبراهيم سعد ، ص ٢٨٠ ، راتب - كامل - راتب ، ط ٧ ، ج ١ ، بند ٤٧ ، ص ٨٤ ، بند ٧٤ وما بعده . كوستا ، بند ١٨٤ .

(٢٠٨) نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة ، س ١٩ ص ٢١٠ ، ١٩٦٦/٥/٢٢ ، س ١٧ ، ص ١١٢١ . والأحكام التي أشار هرجة ص ٣١٥ - ٣١٧ .

(٢٠٩) إذ يجوز لغاضي الأمور المستعجلة الحكم بالحق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي (مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨٢/١٢/٢٠ في الدعوى رقم ٣٤١ لسنة ١٩٨٢) . (٢١٠) وقد ذهب رأى في الفقه المصرى إلى أن انتفاء شروط الدعوى الوقتية ، ومنها شرط الاستعجال ، يؤدي إلى الحكم برفض الدعوى الوقتية .

المطلب الثالث

اجراءات الحصول على الحماية الوقتية وقواعدها

٧٣ - الحديث عن اجراءات الحصول على الحماية الوقتية ، يقتضى الحديث عن اجراءات رفع الدعوى الى القضاء المستعجل ، ثم اجراءات نظرها والقواعد التى تحكمها ، وذلك على التفصيل الآتى :

الفرع الأول

اجراءات رفع الدعوى الوقتية

٧٤ - طريقتان لرفع الدعوى الوقتية :

حدد المشرع المصرى طريقتين لرفع الدعوى الوقتية هما :

٧٥ - ١ - الاجراءات الاصلية :

وهى الاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . وتبدأ بتحرير صحيفة الدعوى ، بمعرفة المدعى أو وكيله ، من أصل وعدد من الصور بقدر عدد الخصوم زائد صورة لقلم الكتاب . ويجب ان تشمل على بيانات معينة

-

حيث ان البحث فى الاستعجال هو بحث فى الدعوى لقبولها أو لرفضها (فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٣ . وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٢٦١ . قارن احمد مسلم ، بند ٢٣٤) وهذا الرأى يساوى بين عدم القبول والرفض . اما الرأى الغالب فى القضاء المصرى على ان انتفاء أحد شروط الدعوى الوقتية يؤدى الى عدم اختصاص القضاء المستعجل (انظر الأحكام العديدة التى أشار إليها مرجة - المرجع السابق ، ص ٦٢ - ٧٤) والأحكام التى أشار إليها أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ٣٤٨ . وقد ذهبت محكمة النقض الى ان انتفاء شرطى الاستعجال أو عدم المساس بأصل الحق ، يؤدى الى الحكم بعدم الاختصاص ، وتقف المحكمة فى حكمها عند هذا الحد . اما اذا طلب من القاضي المستعجل طلبا موضوعيا - فان على المحكمة ان تفتت بعدم الاختصاص ان تأمر بالاحالة (نقض ١٩٨٢/٢/٢٨ فى الطعن رقم ١٣٢٩ لسنة ٤٨ ق - نقض ١٩٧٧/١٢/٢١ فى القضية ٢٩٥) .

حددتها المادة ٦٣ من قانون المرافعات . وأن يكون - متى كانت قيمتها زائدة على خمسين جنيها - موقعا على أصلها أو صورها (٢١١) محام من المحامين المشتغلين بالمهنة . فلا يجوز التوقيع على الصحيفة أحد المحامين تحت التمرين .

وترفع الدعوى بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ، وبه تعتبر الدعوى مرفوعة الى القضاء المستعجل ، ومنذ هذا الايداع ترتب هذه المطالبة آثارها القانونية ، والتي ليس من بينها قطع التقادم السارى ضد مصلحة المدعى (٢١٢) ، بعكس المطالبة الموضوعية .

والخصومة فى الدعوى الوقتية لا تنعقد - شأنها شأن الدعوى الموضوعية - الا باعلان صحيفتها الى المدعى عليه أو عليهم ، لأشخاصهم أو فى مواطنهم وفقا للقواعد العامة . ويجب اعلان صحيفة الدعوى الوقتية ، شأن الدعوى الموضوعية ، خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسليم الصحيفة وصورها الى قلم المحضرين (م ٦٨) ، غير أن مخالفة هذا الميعاد التنظيمى لا تؤدى الى بطلان معين . وإنما يجب تكليف المدعى عليه للحضور خلال ثلاثة أشهر من تاريخ ايداع الصحيفة والا جاز اعتبار الخصومة كأن لم تكن (م ٧٠) . وفى جميع الأحوال يجب مراعاة ميعاد

(٢١١) حيث استقر قضاء النقض على أن القانون لم يتطلب أن يرد توقيع المحامى على أصل صحيفة الدعوى وصورها ، فيمكن التوقيع على الأصل دون الصور أو العكس (نقض ١٩٧٩/٢/٧ ، المجموعة ، س ٣٠ من ٥٠٥ ، ١٩٧٨/٤/٢٢ ، المجموعة ، س ٢٩ ، من ١٠٥٨ ، ١٩٧٣/٥/٢ ، المجموعة ، س ٢٤ ، من ٧٠٣ . نقض ١٩٧٧/١/١٦ ، من ٢٨ ، س ٢٤٤ ، ١٩٧٦/١٢/١٨ ، المجموعة ، س ٢٧ ، من ١٧٨٢ . راتب - كامل - راتب ط ٧ ، ج ١ ، بند ٥٣ من ٩١ . على عكس المقرر فى القانون الإدارى ، حيث استقر الراى على أن مجرد التظلم الإدارى وكذا طلب الإغساء من الرسوم ، يؤدى الى قطع التقادم السارى لمصلحة الإدارة ، وتكون المطالبة المستعجلة من شأنها قطع التقادم من باب أولى لذلك . راتب وكامل وراتب - الإشارة السابقة ، وما أشار اليه من أحكام) .

(٢١٢) انظر تفصيلا . راتب - كامل - راتب - ط ٧ ، ج ١ ، بند ٣١ من ٥٢ وما بعدهما .

الحضور فى الدعاوى المستعجلة وهو أربع وعشرين ساعة يجب أن تنقضى من تمام الاعلان قبل حلول ميعاد الجلسة المحددة لنظر الدعوى ما لم يأمر قاضى الأمور الوقتية بانقاص هذا الميعاد من ساعة الى ساعة ، بشرط اعلان صحيفة الدعوى مع أمر القاضى بالانقاص الى شخص المعلن اليه .

ويجب اتباع الاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، كلما أراد الخصم الحصول على الحماية القضائية من احدى المحاكم الآتية :

١ - محكمة الأمور المستعجلة :

وهى ما عبر المشرع عنها « بقاضى الأمور المستعجلة » . وهى محكمة وحيدة توجد فى كل مدينة بها محكمة ابتدائية ، تختص دون غيرها بنظر المنازعات الوقتية كافة ، التى تقع فى هذه المدينة . فتختص محكمة القاهرة للأمور المستعجلة بالقاهرة (عابدين) بنظر المنازعات الوقتية التى تقع فى جميع أنحاء مدينة القاهرة ، اى فى نطاق دائرة اختصاص محكمتى شمال وجنوب القاهرة الابتدائيتين .

٢ - المحكمة الجزئية فى غير المدينة التى مقر المحكمة الابتدائية :

اما المحاكم الجزئية (٢١٣) التى يقع مقارها خارج المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية التابعة لها ، فتختص بنظر المنازعات الوقتية التى تقع فى دائرة اختصاص هذه المحاكم الجزئية . فمثلا تختص محكمة منيا القمح الجزئية بنظر المنازعات الوقتية التى تقع فى مركز منيا القمح ولا ترفع هذه المنازعات الى محكمة الأمور المستعجلة بمدينة الزقازيق ، حيث المحكمة الابتدائية .

(٢١٣) وتعد المحكمة الجزئية هنا محكمة أمور مستعجلة ، وعلى الخصم أن يبين فى صحيفة دعواه صفة الدعوى التى يرفعها ، كما أن على المحكمة الجزئية أن تبين فى حكمها المادة التى تصدر حكمها فيها . مستعجلة أو تجارية (م ١٧٨ مرافعات) .

٣ - قاضى التنفيذ :

والذى يوجد بمقر المحكمة الجزئية ، ويختص بنظر المنازعات الوقتية كافة المتعلقة بالتنفيذ . وعلى ذلك يختص قاضى تنفيذ محكمة مصر الجديدة بنظر المنازعات الوقتية المتعلقة بالتنفيذ والواقعة فى دائرة اختصاص محكمة مصر الجديدة الجزئية ، ولا ترفع هذه المنازعات الى محكمة القاهرة للأمور المستعجلة بعابدين .

٧٦ - ب - الاجراءات الفرعية :

تجيز المادة ٤٥ من قانون المرافعات ، وكذلك المادة ١٢٤/٤ من القانون ذاته ، رفع الدعوى الوقتية الى المحكمة الموضوعية ، جزئية كانت أم ابتدائية ، تبعاً للدعوى الموضوعية المرفوعة الى هذه المحكمة ، وذلك بغض النظر عن قيمة الدعوى الوقتية (٢١٤) ، أى أن المشرع يجيز رفع الدعوى الوقتية - كطلب عارض - الموضوع - الى المحكمة التى تنظر الدعوى الموضوعية .

ومن المعروف أن الطلبات العارضة ترفع وفقاً للمادة ١٢٣ مرافعات بأحد طريقين هما :

١ - الاجراءات المعتادة لرفع الدعوى . بشرط اعلانها قبل الجلسة بمراعاة مواعيد الحضور .

(٢١٤) أى تختص المحكمة الابتدائية بنظر الدعوى الوقتية المرفوعة اليها بطريق التبعية ، ولو قلت قيمتها على نصاب اختصاص المحكمة الابتدائية ، وكذلك تختص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى الوقتية المرفوعة اليها بطريق التبعية ولو جازت قيمتها نصاب اختصاص المحكمة الجزئية (راتب - كامل - راتب - بند ٦ ، ص ١٢) عكس ما ذهب اليه البعض من أن اختصاص المحكمة الجزئية بالدعاوى المستعجلة مشروط بعدم مجاوزة لقيمتها لنصاب هذه المحكمة (احمد مسلم ، ص ٢٣٨) ونقد هذا الرأى - امينة النمر ، بند ١٤١ .

٢ - تقديمها شفاهة فى الجلسة : بحضور الخصم الآخر ، واثباتها فى محضرها (٢١٥) . وفى هذه الحالة يجب - احتراماً لحقوق الدفاع - تأجيل نظر الدعوى الوقتية فى هذه الحالة لجلسة أخرى ، اذا طلب ذلك المدعى عليه .

هذا ومن المقرر أن الدعوى المستعجلة اذا رفعت بطريق التبعية الى محكمة الموضوع ، فانه يجب لقبولها أن ترفع أو تقدم قبل قفل باب المرافعة فى الموضوع الذى ترفع تبعاً له . وفى هذه الحالة على المدعى - أن أراد - أن يرفع دعواه وفقاً لقواعد الاختصاص المحلى بنظر الدعاوى المستعجلة ، الى قاضى الأمور المستعجلة أو القاضى الجزئى بحسب الأحوال .

ومن ناحية أخرى ، فمن المقرر أن سبق رفع الدعوى الموضوعية الى محكمة الموضوع لا يمنع من رفع الدعوى الوقتية استقلالاً الى القضاء المستعجل واختصاصه بالفصل فيها . ولو أثناء نظر الدعوى الموضوعية ، كما أن رفع الدعوى الوقتية لا يمنع من رفع دعوى الموضوع الى القضاء الموضوعى .

الفرع الثانى

نظر الدعوى الوقتية والحكم فيها

١ - نظر الدعوى الوقتية

٧٧ - حضور الخصوم وغياهم :

ينظر القاضى المستعجل فى الدعوى المرفوعة امامه فى الجلسة التى سبق تحديدها وعلان الخصم الآخر بها . ويحضر الخصوم امام القاضى

(٢١٥) ويرى البعض انه يمكن ابداء الطلب المعارض ولو كان مستعجلاً بمذكرة يطلع عليها الخصم الآخر أو فى أى ورقة من اوراق المرافعات توجه اليه (راتب - كامل - راتب - المرجع السابق ، ص ٦٩ بند ٤١) .

المستعجل بأنفسهم أو بوكيل عنهم ، وذلك على النحو المقرر بالنسبة لقضاء الموضوع .

والأصل أن غياب المدعى عليه الجلسة لا يمنع من نظر الدعوى في غيابه ، فيجوز للقضاء المستعجل أن يحكم بناء على طلب المدعى عليه - في الجلسة الأولى ولو تغيب المدعى عليه أو عليهم ، كلهم أو بعضهم . كما نمك الحكم في الدعوى - متى كانت مهية للحكم فيها - ولو تغيب المدعى عليه عن الحضور حتى ولو لم يكى قد أعلن لشخصه ، متى تأكدت المحكمة من صحة اعلانه ، فلا تلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى لجلسة أخرى ، على عكس المقرر في دعاوى الموضوعية .

ويجوز - أمام القضاء المستعجل - ابداء طلبات وقتية عارضة ، قبل قفل باب المرافعة في طلب وقتي أصلى مرفوع الى هذا القضاء ، سواء رفعت هذه الطلبات الوقتية من المدعى أو من المدعى عليه ، أو من الغير كطلبات التدخل أو الاذخال بناء على طلب أحد الخصوم أو المحكمة (٢١٦) .

٧٨ - طرق الاثبات أمام القضاء المستعجل :

من المعلوم أن الاثبات بمعناه القانوني ، هو اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة نظاما ، على وجود واقعة متنازع عليها (٢١٧) . وأن هذه الواقعة القانونية *fait Juridique* هي امر يحدث ، ويرتب عليه القانون أثرا ، يتمثل في انشاء حق جديد أو تعديل أو انقضاء حق قائم . وتعد هذه الواقعة مصدرا للالتزام أو الحق ، وهي التي تكون محلا للاثبات ، وليس الالتزام ذاته (٢١٨) .

(٢١٦) أنظر في تفاصيل ذلك - راتب - كامل - راتب ، ج ١ ص ٦٧ ، بند ٤١ وما بعدهما .

(٢١٧) أنظر مؤلفنا ، في القضاء ونظم الاثبات في الفقه الاسلامي والانظمة الوصفية ، الرياض - ١٩٨٨ ، الطبعة الأولى ص ١١٣ .
(٢١٨) راجع - المرجع السابق ، ص ١٣١ وما بعدهما .

ولقد حدد القانون ، لاثبات هذه الوقائع ، طرقا محددة تختلف باختلاف تلك الوقائع ، والزم القضاة باحترامها وعدم تجاوزها .

فهل يلتزم القضاء المستعجل باتباع هذه الطرق ، وتكون من سلطته فحصها والتحقق منها ؟ ويمكن سبب هذا التساؤل فى أن القضاء المستعجل - وعلى ما هو مقرر - ممنوع من المساس بأصل الحق ، وأن بحث هذه الطرق قد ينطوى على هذا المساس ، وواقع الأمر أن القضاء المستعجل ليس ممنوعا من فحص الموضوع ، بل عليه بحثه ظاهريا للتوصل الى الحكم فى الاجراء الوقتى أى بحثا عرضيا يتحسس به ما يحتمل لأول مرة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروض عليه .

ويترتب على هذه الحقيقة النتائج الآتية :

١ - لا يملك القاضى المستعجل توجيه اليمين الحاسمة أو المتممة لأى من الخصوم (٢١٩) .

٢ - لا يملك القضاء المستعجل أن يفصل فى دعوى التزوير الفرعية أو الأصلية ، أن رفعت اليه ، اعتبارا بأن الفصل فيها يقتضى الفصل فى أمر صحة السند المدعى بتزويره (٢٢٠) . كما لا يملك الفصل فى أمر صحة التوقيع المدعى بانكاره . وإن القاضى المستعجل ليس ممنوعا من فحص ظاهر المستندات ليتبين وجه الجد فى الطعن بالتزوير أو الانكار ، وليس للفصل فى التزوير بالفعل .

٣ - لا يملك القضاء المستعجل أن يأمر الخصم أو الغير بتقديم مستندات تكون تحت يده . وإنما له فحص المستندات المقدمة فى الدعوى

(٢١٩) راتب - كامل - راتب - بند ٦٥ . محمد عبد اللطيف ، بند ٥٦٠

طبعة أولى .

(٢٢٠) مستأنف مستعجل القاهرة ١٦٨٢/١٢/٢٨ فى الدعوى ١٦٨٢/١٣٣٩ ، نقض ١٦٨٢/١١/١٤ فى الطعن ١٠٢١ لسنة ٤٩ ق . مستأنف مستعجل القاهرة ١٦٧٩/٦/٢٧ فى الدعوى رقم ٨٤٦ لسنة ١٩٧٩ ، مستعجل القاهرة رقم ١٦٨١/٢٦٦٢ فى ١٦٨١/١١/٥

من الخصوم فحصا ظاهريا للتوصل الى ما يحتمل أن يكون هو وجه الصواب فى الدعوى .

٤ - الأصل أن القضاء المستعجل لا يملك كقاعدة اصدار أحكام اجرائية باحالة الدعوى على التحقيق لسماع الشهود ، أو ندب الخبراء أو حتى للانتقال للمعاينة ، الا اذا كان مقصودا بها التحقق من توافر شرط الاستعجال من عدمه فحسب . أما اذا كان القصد منها التوصل لفصل فى وقائع أو حقوق محل نزاع بين الخصوم ، فلا يملك القاضى المستعجل اصدارها ما لم يكن الطلب الوقتى الاصلى هو سماع شاهد أو اثبات حالة متغيرة (٢٢١) .

٧٩ - جلسات المرافعة ، وعوارض الخصومة الوقتية :

الأصل أن تنظر المحكمة المستعجلة الدعوى فى أول جلسة (م ٩٧) شأنها فى ذلك شأن الدعوى العادية ، ولا تؤجل نظرها الى جلسة أخرى ، الا اذا كان هناك مبررا لذلك ، والأصل أن تسير الخصومة فى الدعوى حتى تصل الى نهايتها العادية وهى صدور الحكم الوقتى .

ولكنه قد يطرا على الخصومة ما يؤثر فى سريانها ، أى ما يمنع السير فيها فترة معينة ، مثل تحقق سبب من أسباب الوقف أو الانقطاع . فهل يؤثر ذلك على الدعوى الوقتية أيضا ؟

١ - وقف الخصومة :

وقف الخصومة قد يكون بقوة القانون ، وقد يكون بحكم المحكمة ، كما قد يكون باتفاق الخصوم عليه .

- أما عن الوقف القانونى ، فهو الذى يتم بقوة القانون ، بمجرد تحقق السبب الموجب له مثل طلب رد القاضى . فاذا طلب رد القاضى المستعجل ، فنقف الخصومة بقوة القانون الى أن يفصل فى طلب الرد ،

(٢٢١) وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٢٥٩ .

راجع فى ذلك راتب ، كامل ، راتب ، ط ٢ ، ج ١ ص ٨ - ١١ ، بند ٣٠

بند ٦٤ ، ص ١٠٦

وان كان من الجائز ، طلب احالة الدعوى والاستعجال هنا متوافر - الى قاضى آخر للفصل فى الدعوى الوقتية .

- اما الوقف القضائى ، فهو الذى يكون بحكم من القضاء ، جزاء على عدم امتثال المدعى لأمر المحكمة ، أو تعليقا على الفصل فى مسألة أولية تخرج عن اختصاص ، أو ولاية القاضى الذى ينظر الدعوى . فهل يملك القاضى المستعجل أن يأمر بوقف الخصومة الوقتية ، وقفا جزائيا أو تعليقا ؟

- لا شك أن جزاء الوقف الذى تملك المحكمة توقيعه على القاضى المدعى المهمل أمر يتنافى مع طبيعة القضاء المستعجل ، حيث يتنافر ذلك مع الاستعجال المبرر لاختصاص القضاء المستعجل ، ولا يكون للقاضى المستعجل الا الأمر بتغريم الخصم المهمل أو الفصل فى الدعوى بحالتها (٢٢٢) .

أما بالنسبة للوقف التعليقى ، فانه وان كان يتنافى مع طبيعة الاستعجال الا أنه أمر تفرضه الضرورة التى لا يستطيع معها القاضى المستعجل أن يفصل فى الاجراء الوقتى المطلوب (٢٢٣) .

- وأخيرا فان الوقف الاتفاقى ، لا يعمل به - فى رأينا - أمام القضاء المستعجل ، لتنافره مع وجه الاستعجال ، فضلا عن أن ذلك يعد اعترافا ضمنيا من الخصوم بتخلف هذا الوجه (٢٢٤) ، وان كان البعض يرى ترك الأمر لتقدير المحكمة (٢٢٥) .

(٢٢٢) راتب - كامل - راتب ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ بند ٦٣ ، ابو الوفا - ط ١٤ ، ص ٣٥٧ .

(٢٢٣) انظر مستأنف مستعجل القاهرة فى الدعوى رقم ١٤١٣ لسنة ١٩٨٢ فى ١٩٨٣/٦/٢٥ ، وكذا مستأنف مستعجل القاهرة الصادر فى ١٩٨٢/١٢/٢٦ ، مشار اليهما فى هرجة ص ٣١٩ - ٣٢٠ .
(٢٢٤) مصطفى هرجة - الاشارة السابقة .

(٢٢٥) راتب - كامل - راتب - ج ١ ، ط ٧ ، ص ١٠٥ هامش (٢) .
هرجة - الاشارة السابقة .

٢ - انقطاع سير الخصومة :

من المقرر أن الخصومة تنقطع سيرها بقوة القانون ، لوفاة أحد خصومها أو خروجه على أهليته أو زوال صفة من كان يباشر الاجراءات نيابة عنه . ومن المقرر أن الخصومة الوقتية تنقطع بتحقيق سبب من هذه الاسباب ، شأنها شأن الخصومة العادية .

ب - الحكم فى الدعوى الوقتية والطعن فيه

٨٠ - شكل الأحكام الوقتية :

تصدر الأحكام الوقتية بالاجراءات والاصول التى تصدر بها الأحكام العادية اذ يجب أن تتم المرافعة فيها فى جلسات علنية الا اذا رأت المحكمة المستعجلة جعلها سرية محافظة على النظام العام أو الآداب العامة ، على أن يكون النطق بها فى جميع الاحوال فى جلسات علنية . ويلزم أن تشمل الأحكام الوقتية على البيانات كافة المتطلبات فى سائر الأحكام (م ١٧٨) ويجب أن تكون مسببة والا كانت باطلة (م ١٧٥ مرافعات) وأن ندور هذه الاسباب حول توافر شروط القضاء المستعجل لا على أساس ثبوت الحق أو نفيه .

٨١ - سلطة القضاء المستعجل :

راينا فيما سبق أن القضاء الوقتى تقتصر سلطته على منح الحماية الوقتية للحق أو المركز القانونى ، ولا تتعداها الى تقرير أو نفى الحماية الموضوعية ، فهو ممنوع بنص القانون من المساس بأصل الحق .

وأصل الحق الممنوع المساس به من قبل القاضى المستعجل ، هو كل ما يتعلق بالحق ، وجودا وعدما ، صحة وبطلانا ، بقاء أو انقضاء .

ولقد تواتر قضاء النقض على أن « مأمورية قاضى الامور الوقتية ليست هى الفصل فى أصل الحق ، بل هى اصدار حكم وقتى بحت ، يرد به عدوانا باديا للوهلة الاولى من أحسد الخصمين

على الآخر أو يوقف مقاومة من أحدهما للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق ، أو يتخذ إجراء عاجلا يصون به موضوع الحق أو دليلا من أدلة الحق (٢٢٦) . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

- ليس للقضاء الوقتى منح الحماية الموضوعية للحق ، بتأكيد وجوده أو نفيه ، أو تأكيد صحة الدليل عليه أو بطلانه . فهو ان فعل ذلك فانه يكون قد تجاوز سلطته ، وقضى فى غير ما هو مطلوب منه .
- ليس للقضاء الوقتى أن يبنى حكمه على أساس ثبوت الحق الموضوعى أو نفيه .

- ليس للقضاء أن يتعمق فى فحص مستندات الخصوم ، ببحثها بحثا فنيا يتعلق بصحتها أو بطلانها . وانما كل ما له فحصها فحصا ظاهريا ليستخلص منها ما يبدو للوهلة الأولى أنه وجه الصواب فى الاجراء المطلوب (٢٢٧) .

(٢٢٦) نقض ١٩٣٥/١٢/١٩ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، ص ٩٩٩ . وقضى بأنه اذا أسفر الخلاف بين الخصوم عن قيام منازعة فى اصل الحق . . كان للقاضي أن يتناول مؤقتا وفى نطاق حاجة الدعوى المستعجلة تقدير مبلغ الجدة فى المنازعة ، على ألا يكون هذا التقدير من شأنه أن يحسم النزاع بين الخصمين فى اصل الحق . ان هو تقدير وقتى عاجل يتحسس به القاضي المستعجل ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون هو وجه الصواب فى خصوص الاجراء المطلوب . (نقض ١٩٦١/١١/٨ فى الطعن ٢٧ لسنة ٢٧ ق) ، كما قضى بأنه لا اختصاص للقضاء المستعجل بنظر دعاوى منع التعرض لأن الحكم فيها يمس حتما أصل الحق (نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ ، المجموعة ، ص ٥٠٥ . ص ١٠٠٠) . وانظر الاحكام العديدة التى أسار اليها هرجة ، ص ٦٨ وما بعدها . راتب - كامل - راتب ص ٣٦ وما بعدها .

(٢٢٧) نقض ١٩٥٣/٥/١٤ . المجموعة س ٤ ص ١٠١٢ ، وانظر تفاصيل عدم المساس بأصل الحق فقها : امينة النمر ، رسالة ، بند ٨٥ وما بعدها . راتب - كامل - راتب ، ص ٣٦ وما بعدها . وجدى راغب : مقالة ص ٢٢٣ ، العشباوى ج ١ ص ١٧٥ ، محمد حابذ فهمى ص ١٥٣ ، فتحى والى - الوسيط - ص ١٥٧ . ابراهيم سعد : ص ٣٧٧ . أحمد مسلم بند ٢٣٧ ، ٢٤٢ ، رمزى سيف ، بند ٢٥١ .

٨٢ - حجية الأحكام الوقتية :

يبين من كل ما تقدم أن القضاء الوقتى يعد صورة من صور الحماية القضائية وأن أعماله التى يباشر بها هذه الصورة ، تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفنى ، وأنها لذلك تتمتع بما تتمتع به الأعمال القضائية الأخرى من حصانات ، وهى تحوز شأن الأحكام القضائية الموضوعية - حجية الأمر المقضى ، وتستنفذ ولاية من يصدرها . وهذا هو الرأى السائد فقها (٢٢٨) وقضاء . ولا يحول دون ذلك القول بأن حجية الأحكام الوقتية حجية مؤقتة (٢٢٩) . لأن تائىث الحجية لا يمنع من كونها حجية قضائية . اذ أن حجية الأحكام الموضوعية ذاتها ، هى الأخرى حجية مؤقتة ، قلقة ، طالما كان الطعن فيها جائزا (٢٣٠) .

كما أن الحكم الوقتى ، وان كان لا يقيد محكمة الموضوع ، ولا اثر له فى ثبوت الحق أو نفيه (٢٣١) ، فان ذلك لا يرجع الى أن الحكم الوقتى لا يحوز الحجية ، وانما يرجع الى اختلاف الدعوى الصادر فيها الحكم الوقتى ، عن تلك ، دعوى الحق ، موضوعا وسببا . والمعروف

(٢٢٨) فتحى والى ، الوسيط ، ص ١٧٢ . أمينة النمر ، رسالة ، بند ٢٢٠ ، رهزى سيف ، بند ٥٠٥ ، ابراهيم سعد ، ص ٢٨٠ ، راتب - كامل - راتب ، ج ١ ، ص ١٢٠ وما بعدها . وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٢٦٢ . كوستا - بند ٧٠٤ ، ميكلى ج ١ ، ص ٨٤ ، لاكوست ، بند ٨٩ .

(٢٢٩) السنهورى - الوجيز ، ص ٧٣٢ هابش (١) . جلاسون وتيسبه وموريل ج ٣ ، بند ٧٣١ . سيزار يرو - هيررو وسينول - الطول ص ٧١ . موريل ، ص ٤٥١ ، نقض ١٩٧٦/١٢/٢٩ ، ص ٢٧ ، ص ١٨٢٨ (٢٣٠) نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، المجموعة ، ص ٢٥ ، ص ٢١٦ . (٢٣١) نقض ١٩٧٣/٣/١٤ ، المجموعة ، ص ٢٤ . ص ٤١٥ ، ١٩٧٢/٥/٢٤ ، ص ٢٣ ، ص ١٠٠٣ . نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ ، المجموعة ، ص ١٨ ، ص ٤٨٥ .

ان حجية الاحكام القضائية حجية نسبية (٢٣٢) ، تتقيد بالخصومة التى صدرت فيها ، خصوما وموضوعا وسببا (٢٣٣) .

وعلى ذلك ، فان الحكم الوقتى لا يقيّد محكمة الموضوع التى يكون لها مثلا أن نعيد المستأجر الى العين المؤجرة بالرغم من سبق صدور الحكم الوقتى بطرده منها . كما ان لها أن تقضى بفسخ عقد الايجار واخلاء المستأجر من العين على الرغم من الحكم المستعجل الصادر برفض دعوى الاخلاء .

واذا كانت الاحكام الوقتية لا تقيد قضاء الموضوع ، فانها تحوز الحجية أمام القضاء الوقتى ذاته ، وفى مواجهة الخصوم (٢٣٤) . فليس للأول أن يعدل بحكم ثان عما قضى به أولا ، وكذلك ليس للآخرين أن يرفعوا دعوى ثانية بالموضوع ذاته أمام القاضى المستعجل للوصول الى حكم مغاير للأول ، الا اذا حصل تغيير أو تعديل فى الوقائع 'المادية' أو فى المركز القانونى للطرفين أو لأحدهما ، حيث أن من المقرر أن حجية الأحكام الوقتية مرهونة بعدم تغير الظروف التى صدرت فيها (٢٣٥) .

٨٣ - الطعن فى الأحكام الوقتية :

اعمالا للسرعة واعتباراتها ، ومراعاة لطبيعة الاحكام الوقتية ذاتها ، فقد أجاز المشرع مراجعتها عن طريق الطعن فيها بالاستئناف أيا

-
- (٢٣٢) محمود هائم ، الطبعة الأولى - ج ١ ، ص ١٢٩ . وجدى راغب ، مبادئ ص ٢٦٢ .
(٢٣٣) انظر عرضا لذلك ، استفاد ولاية القاضى المدنى - للمؤلف ، ص ٢٥٢ بند ٩٨ وما بعدها .
(٢٣٤) انظر راتب - كامل - راتب . ج ١ ، ص ١٢٠ وما بعدها . عكس ذلك أبو الوفا ، ط ١٤ ، ١٩٨٦ ، بند ٢٩٩ ، ص ٣٥٢ .
(٢٣٥) وجدى راغب - مبادئ ، ص ٢٦٢ ، راتب - كامل - راتب - الاشارة السابقة . وانظر الأحكام المعقدة التى أشار إليها أبو الوفا ، المرافعت . ط ١٤ : ص ٣٥٢ - ٣٥٣ بند ٢٩٩ .

- ١٣٩ -

كانت قيمتها ، حتى ولو قلت عن نصاب الاستئناف المقرر بالنسبة للأحكام الموضوعية . ويرفع الاستئناف الى المحكمة الابتدائية - بهيئة استئنافية - التابعة لها المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف . وميعاد استئناف الأحكام الوقفية هو خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم (م ٢/٢٢٧ مرافعات) .

كما أجاز المشرع الطعن بالاستئناف فى الأحكام الوقفية الصادرة من محاكم الموضوع وذلك فور صدورها ، خلافا للقاعدة العامة المقررة للطعن فى الأحكام الصادرة اثناء نظر الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة (م ٢١٢ مرافعات) .

وقابلية الحكم الوقفى للاستئناف أو الطعن فيه بالفعل لا أثر له على تنفيذه ، لأنه نافذ نفاذا معجلا بقوة القانون بغير كفالة (م ٢٢٨ مرافعات) .

المبحث الثالث

التنفيذ القضائي

٨٤ - ضرورته :

لا يقف القضاء عند حد منح الحماية الموضوعية للحق أو المركز القانوني - إذ أن الاعتداء على الحق أو المركز القانوني لا يقف عند مجرد إنكاره أو معارضته من قبل أحد الأغيار ، أو الوقوف عند مجرد إثارة الشكوك حول وجوده ، حتى يكفى لازالته صدور حكم موضوعي ، يؤكد وجوده أو ينشئه - وإنما قد يتخذ الاعتداء - في بعض الأحيان - صورة أكثر جسامة من سابقها ، ويصل لحد أحداث تغيير مادي في الحق أو المركز ، حتى يصبح مخالفا للقانون . وفي هذه الحالة لابد من اتخاذ مجموعة من الإجراءات والوسائل المادية لإعادة مطابقة المركز الواقعي للمركز القانوني (٢٣٦) . وفي هذه الحالة يخلو المشرع صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه ، سلطة حماية الحق حماية فعلية ، أي تنفيذية . وتمثل هذه الوسائل المادية مضمون التنفيذ القضائي (٢٣٧) . ومن ثم لا تقف حماية القضاء للحقوق عند حد تأكيدها أو نفيها ، وإنما تمتد الى تنفيذها ، ولو كان ذلك جبرا عن إرادة الأفراد (٢٣٨) . ويتم ذلك عن طريق الأعمال الفعلية للجزاء القانوني المقرر في القاعدة القانونية . والأصل أن يتم تنفيذ القانون اختيارا عن طريق الأفراد ، فإذا لم يتم ذلك فإنه من الضروري إجبارهم على هذا التنفيذ بتوقيع الجزاء المقرر عليهم . فلا يكتفى أن يقر القانون جزاء معيناً حتى تحل مشكلة مخالفة القانون ، فقد يرفض المخالف تنفيذ هذا الجزاء ، فيمتنع غاصب المال عن رده لصاحبه

(٢٣٦) فتحى والى - قانون القضاء المدني ص ٢١٨ . وجدى راغب
منكرات ص ٦٤ - ٦٥ . رستى - المرافعات ج ١ ص ٢١ .
(٢٣٧) ابراهيم نجيب سعد - ص ٣٦٦ .
(٢٣٨) وجدى راغب - منكرات - الإشارة السابقة : محمود هاشم -
الرجز ص ٣٤ .

ويمتنع المدين عن الوفاء بالتزاماته . ولكن يجب تطبيق هذا الجزاء جبرا عن المدين . والجزاء القانوني يتميز بأنه جزاء مادي يمكن تطبيقه جبرا عن ارادة الأفراد . ويتولى القضاء القيام بهذا الدور ، أما باجبار الشخص على تنفيذ الجزاء مباشرة (تنفيذا عينيا) ، ان كان ذلك ممكنا وتوافرت شرائط التنفيذ العيني ، واما بقيام الدولة ممثلة في القضاء بتنفيذ هذا الجزاء بطريق غير مباشر ، أى عن طريق الحجز على أموال المدين وبيعها استيفاء لحقوق الدائنين .

٨٥ - الطبيعة القضائية للتنفيذ :

يتضح مما تقدم ان نشاط القضاء بالنسبة للتنفيذ انما يعتبر نشاطا قضائيا ، لأنه يمنح صورة من صور الحماية القضائية للنظام القانوني ، بإزالة عارض من عوارضه ، يتمثل في مخالفة القانون ، ولم يعد هناك شك في أن أعمال القضاء الصادرة في مجال التنفيذ ، تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الدقيق . سواء كانت أعمال موضوعية مثل تلك الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية ، أو أعمالا وقتية مثل تلك الصادرة في اشكالات التنفيذ (٢٣٩) . وتنص المادة ٢٧٥ على اختصاص قاضي التنفيذ ، وهو قاض جزئي ، دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها . . « . ومما يؤكد هذه الطبيعة القضائية للتنفيذ أن القانون المنظم للقضاء المدني هو الذي ينظم اجراءات التنفيذ الجبري وقواعده ، ويجعل من القضاء المدني الجهة الوحيدة في الاشراف على التنفيذ (م ٢٧٤) .

(٢٣٩) انظر في الطبيعة القضائية للتنفيذ . وجدي راغب مذكرات من ٦٦ وما بعدها رسالة ص ١٠٣ وما بعدها فتحي والي الوسيط ص ١٣١ . والتنفيذ الجبري بند ٩ ص ١٤ . محمد عبد الخالق عمر . مبادئ التنفيذ سنة ١٩٧٧ ص ٨٧ . محمود هاشم - القواعد العامة ص ١٣ - الموجز ص ٣٤ . محمد وعبد الوهاب العشماوي ج ١ ص ٢٣١ . كيوفندا - مبادئ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ . كارنيلوفسكي - الطول ج ١ ص ٢٨٣ - بنس ١٧٦ أوجورو كر ج ١ ص ١١٢ . ميكيلي محاضرات ج ١ ص ٧٢ . ليمان موجز ج ١ ص ٧٩ - ٨٠ . ساتا - قانون الخصومة بند ١٤٦ - ٢١٢ - ٢١٤ . عكس ذلك محمد حامد فهمي - التنفيذ الجبري سنة ١٩٥٢ ، ص ٧ ، ٩ . عبد الباسط جميعي - نظام التنفيذ ١٩٦٨ ص ٣٠ . والمبادئ العامة في التنفيذ ١٩٧٧ ص ٣٢ - ٣٣ . فزيوز - دراسات ص ٢٤٢ بند ٥١ - فاراندا أهلية القاضي ص ١٢٥ - ١٢٧ بند ١١ .

الفصل الثاني

وظيفة القضاء الولائية

٨٦ - تمهيد وتقسيم :

بجانب الوظيفة القضائية الفنية ، يباشر القضاء وظيفة أخرى ، تعرف بالوظيفة الولائية ، يطلق عليها تجاوزا القضاء الولائي في الفقه الفرنسى (١) *Juridiction gracieuse* وفى الفقه الايطالى القضاء الاختيارى *giurisdizione volontaria* (٢) وذلك بالمقابلة للقضاء الفنى *Juridiction contentieuse* الصادر فى المنازعات .

وإذا كانت الأنظمة تعترف للارادة الفردية بالقدرة على ترتيب آثار قانونية وتكوين مراكز معينة ، اعمالا لمبدأ سلطان الارادة ، الا انه فى حالات معينة لا يعترف لها بهذه القدرة ، ويتطلب لاحداث بعض الآثار ، تدخل يحدث مقدما من جانب القضاء للتأكد من شرعية هذه الآثار وملائمتها أو من مدى توافر شرائطها ، وذلك رعاية لمصلحة خاصة ترجع

(١) أنظر Cezar - Bru, Hébrout et Seignalle, T. II, Les ordonnances sur requête, 1970, No 17. p. 38. Planis M. Cracteres et effets de décisions rendus en matière de Juridiction gracieuse, Thèse, Paris, 1910. Borge J - L. La Juridiction gracieuse, Recueil Dalloz - Sirey, 1983, 25e, 27e cahier. chon. p. 153 - 158, 165 - 172. Le Ninivin, La Juridiction gracieuse. Thèse Rennes, 1982. Zaghlol M. la Juridiction gracieuse Thèse Lyon, 1981.

سوليس ويبرو - ج ١ بند ٨٢ ص ٤٤٣ ، جابيو ، بند ١٦٣ ص ١٤٧ . وفى الفقه المصرى ، وجدى راغب - مبادئ ص ٦٤ .
(٢) أنظر كيوغندا - مبادئ ، ص ٣١٤ ، كوستا ، ص ٧٩ بند ٥٥

انى عجز فى الادارة الخاصة ذاتها مثل انعدام أو نقص الاهلية ، أو نظرا
لأهمية المصلحة بالنسبة الى الغير (٣) .

ومن الطبيعى أن يباشر القضاء هذه المهمة لما يتطلبه القانون فى
قضاياه من كفاءة خاصة فى فهم القانون وقواعده (٤) ، ووزن الأمور
بحياد ونزاهة . الا أن ذلك لا يعنى استئثار القضاء بهذه الوظيفة ، فقد
يباشر بعض أعمالها جهات إدارية أخرى .

ولفهم هذه الوظيفة وما يصدر عنها من أعمال ، يجب علينا أن نحدد
فكرتها ونميز أعمالها ونعرض لأهم أعمالها ، على النحو التالى :

(٣) فتحى والى - الوسيط - ص ١٦ . وجدى راغب - رسالة - ٩٧
ابراهيم سعد ، ص ٨٩ ، ساتا - ص ٥٩٦ . أوجوروكو - ج ١ ، ص ١١٥
روكو الفريدى - الحكم المدنى ، ص ١٥ ، عبد الباسط جيمعى - سلطة
القاضى الولائية - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ١١ ، ص ٥٦١ .
(٤) وان كان البعض قد رأى أن فى اسناد هذه الأعمال الى القضاء
شذوذا ظاهرا ، وخروجا على مبدأ الفصل بين السلطات . انظر فى الرد
على ذلك ، عبد الباسط جيمعى - الاشارة السابقة . حامد فهيم - ص
٢٠ - ٢١ .

ومن الجدير بالذكر أن القضاة فى الاسلام كانت لهم أيضا سلطة ولائية
تتيح لهم تزويج الأيتام عند فقد الأولياء ، ونظر أمور المحجوز عليهم (انظر
محمود هاشم - النظام القضائى الإسلامى ، ص ٧٧) .

المبحث الاول

فكرة الوظيفة الولائية للقضاء ومعياري تمييزها

المطلب الاول

فكرة الوظيفة الولائية

٨٧ - اتجاهات ثلاثة :

انقسم الرأي الى ثلاثة اتجاهات في هذا الخصوص :

١ - وظيفة ادارية :

ذهب الرأي السائد في الفقه المقارن بأن الوظيفة الولائية للقضاء مجرد وظيفة ادارية ، يقوم بها القاضى باعتباره موظفا عموميا ، وله بهذه الصفة ، وبما له من سلطة الامر *imperim* ، أن يتخذ تدابيرا ادارية تعد من قبيل الأعمال الادارية (٥) .

٢ - وظيفة مزدوجة :

ذهب الرأي الآخر الى أن القضاء يقوم بوظيفة مزدوجة ، يتخذ بمقتضاها أعمالا ادارية في نطاق سلطة القضاء ، يطلق على هذه الأعمال أعمال الادارة القضائية (٦) .

(٥) أبو هيف ، المرافعات ، بند ٩٥ ، محمد حامد فهمي ، بند ٢١ ،
ميد الفتاح السيد ، ص ٤٦٤ ، عبد النعم الشرقاوى ، شرح بند ٣٥٦ ،
العشاوى ، ج ١ بند ١٩١ ، أبو الوفا - المرافعات ، ص ٥٦٢ . جلاسون
ونيسيه وموريل ج ١ - بند ١١ . موريل ، بند ٧٩ ، جليبو بند ١٦٤ .
كيش وفنسان ١٩٦٣ ، بند ٧٣ . كيوفندا - ميادى ص ٣١٤ ، كوستا
بند ٧ ، ردتى ج ١ ، ص ٢٩ ، زانزويكي ج ١ ، ص ١٤ . روكو الفريدو ،
ص ١٥ . سيزار بيو ومييرو وسينوك ص ٣٨ .
(٦) فنسان - المرافعات ، ١٩٧٨ ، ص ١١٢ . وسلطة القاضى هنا
ليست قضى منازعة قائمة وإنما منع حدوثها ، والعمل الولائى - فى رأيهم -

٣ - وظيفة قضائية :

يذهب الاتجاه الحديث (٧) الى القول بأن الوظيفة الولائية لا تعدو أن تكون وظيفة قضائية ، وأعمالها هي نفسها أعمال قضائية لأنها تتعلق بتطبيق قاعدة قانونية حماية لمصلحة مشروعة ، شأن الأعمال القضائية الأخرى . والفارق بين النوعين ليس فارقا في طبيعة عمل القاضي ، بل في طبيعة القاعدة القانونية محل التطبيق ، إذ أن القاعدة القانونية ذاتها هي التي تعلق ترتيب آثارها على تدخل القاضي .

يعد سيلابوليسيا من أعمال الضبط والأمن القضائي لاتصاله بنزاع قائم أو متوقع أمام القضاء . انظر سينول - الأوامر على العرائض ١٩٥٢ ، ج ٢ ص ٢٠ ، وفي عرض ذلك عبد الباسط جيمبي - مقالة ، ص ٥٨١ . سيزار يرو وهيبرو وسنيول طبعة ١٩٧٠ ، ص ٤٣ . وفي تأييد ذلك جيمبي - مقالة - ص ٥٩١ - ٥٩٣ . العشماوي ص ٢٣٠ بند ١٩١ . (٧) انظر ميكيلي في مقالتي له مما

• Significato e Limiti della giurisdizione volontaria, in R.D.P. 1957 p. 18 e p. 65.

• Prospettive critiche in Tema di giurisdizione volontaria in Scritti giuridici in onore di Carnelutti, 1950 p. 377 e s.

وكذلك في محاضراته ج ١ ص ٧٧ وما بعدها . وانظر كارنيولوتي في مطلوه ج ١ - ١٩٥٨ ص ٦٥ بند ٣٧ والذي يؤكد أن القضاء الولائي هو نشاط قضائي في فائته ووسيلته .

"la giurisdizione volontaria Sia veramente giurisdizione ritolta dal fine come dal mezzo" .

سساتا ، بند ٤٩٦ ص ٥٩٨

وانظر كذلك Bazot. Des ordonnances sur requête et des ordonnances de référé 1926 ٢٦٥ رسالة ص ٢٦٥
Hebraud. Chambre du conseil, 1946 p. 334 Molulsky, les ordonnances sur requête. Lille, 1964 p. 63.

ولقد لاقى هذا الاتجاه تأييدا من فقهاءنا (٨) ، ويستدلون على ذلك بدلائل كثيرة ، منها أنه أداة لحل مشكلة قصور الإرادة الفردية في تحقيق أو استعمال بعض المراكز القانونية ، فضلا عن التسمية المستقرة بأنه قضاء ولائى (٩) .

٤ - الرأى الراجح :

ولكننا لا نسلم بهذا الرأى ، ونذهب مع من ذهب من قبلنا (١٠) الى أن الأعمال الولائية ، وإن كانت تصدر عن القضاء ، إلا أنها لا تعتبر أعمالا قضائية بالمعنى الدقيق وذلك للأسباب الآتية :

- أن القانون كثيرا ما لا يعترف للإرادة الخاصة بقدرتها وحدها على تكوين أو ترتيب مراكز أو آثار قانونية معينة ، ويستلزم تدخل جهات إدارية معينة للقيام بهذه المهمة ، مثل مكاتب التوثيق بالنسبة للمتصرفات العقارية ، هبة أو بيعا أو نقلا للملكية . ومع ذلك لم يقل قائل بأن مكاتب التوثيق تعتبر جهات قضائية أو تبشر مهمة قضائية .

- العمل القضائى يفترض دائما سبق وجود رابطة قانونية فى حين أن العمل الولائى لا يفترض سبق وجود هذه الرابطة .

- أن تسمية النشاط الولائى للقاضى بأنه قضاء Jurisdiction ليست كافية لاسباغ الطبيعة القضائية للأعمال الولائية ، لأن هذه التسمية كانت محلا لانتقاد البعض .

- أن قيام القضاء بهذه الأعمال لا يعطيها الطبيعة القضائية ، حيث أن قيام القضاء بذلك كان لاعتبارات تاريخية بحتة ، كما أن القضاء

(٨) وحدى راغب ، رسالة ، ص ١٣٠ ، مبادئ ، ص ٧٠ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى ، ١٩٧٦ ، ص ١٧ ، أحمد ناصر زغلول - رسالة ص ٣٨٩ .

(٩) أنظر وحدى راغب ، مبادئ ، ص ٧٠ وما بعدها .
(١٠) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ٦٠ - ٦١ ، الوسيط ص ٣٩ .

يقوم أيضا ، وبصفة مستمرة ، بأعمال إدارية ، ولم يقل قائل بأنها أعمال قضائية لمجرد صدورها عن القضاء .

- لا يعقل أن تختلف طبيعة العمل الواحد لمجرد اختلاف مصدره .

نخلص من كل ما تقدم أن الأعمال الولائية لا تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفني ، لذلك فمن المنطقي أن يختلف نظامها القانوني عن نظام الأعمال القضائية . فالأعمال الولائية تصدر في غير إجراءات الخصومة ، وبغير مراعاة لمبادئها وقواعدها ، كما أنها لا ترتب ما ترتبه الأعمال القضائية من آثار ، وأهمها الحجية القضائية واستنفاد ولاية من يصدرها ، ولا تخضع الأعمال الولائية لطرق الطعن المقررة للأحكام . فضلا عن تمتع القاضى بسلطة واسعة بالنسبة للأعمال الولائية أكثر من تلك المقررة له بالنسبة للأعمال القضائية (١١) .

وإذا كان العمل الولائي ، يختلف عن العمل القضائي ، فإن ذلك لا يعنى أن العمل الولائي يعتبر عملا إداريا ، نظرا لاختلاف الوظيفة في كل منهما ، إذ أن الإدارة تبأشر وظيفتها تحقيقا لأهدافها ومصالحها الذاتية ، بعكس القضاء الذى يباشر أعماله لتحقيق مصلحة ذاتية ، وإنما مصلحة للغير (١٢) . فضلا عن أن الأصل فى نشاط الدولة الإدارى هو التلقائية ، على عكس القضاء فى وظيفة الولائية فلا يباشرها إلا بناء على طلب ويلتزم القاضى بالرد عليه ، والا اعتبر منكرا للعدالة ، بعكس الإدارة فيفسر سكوتها عن الإجابة على الطلب فى خلال مدة معينة. على أنه رفض له . كما أن الإدارة تعتبر طرفا فى العمل فى حين أن القضاء

(١١) راجع فى ذلك كله . فتحي والى . ص ١٥ وما بعدها ، نورمان جاك - العاضى والنزاع بند ٩ . محمود هاشم - الجزء الأول من الطبعة الأولى ، ص ١٣٨ وما بعدها .

(١٢) سانا - المرافعات ص ٥٩٩ بند ٤٤٦ . فتحي والى . الوسيط ص ٣٩ قانون القضاء ص ٦٠ - ٦١ . إبراهيم سمع ص ٩١ . وجدى راغب . رسالة ص ١٢٨ .

لا يعتبر كذلك ، ولا يخضع القاضى لبدأ التدرج الرئاسى المطبق فى الادارة . ومراجع ذلك كله اختلاف الوظيفة التى يصدر عنها العمل الولائى عن تلك التى يصدر عنها القرار الادارى (١٣) . فالوظيفة الولائية ، انما تعد وظيفة خادمة أو تابعة لوظيفة القضاء الرئيسية ، وهى من طبيعة خاصة أو شكل خاص لنشاط الدولة (١٤) . الا أنه لا يعتبر نشاطا قضائيا بالمعنى الغنى .

المطلب الثانى

معيار الاعمال الولائية

٨٨ - وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة العمل الولائى ، الا أنهم أجمعوا - مع ذلك - على ضرورة تمييزه عن العمل القضائى (١٥) ، وهنا تشعبت الآراء ، وتعددت الاتجاهات (١٦) . ونكتفى فى هذا الصدد بالإشارة الى اتجاهين رئيسيين هما :

(١٣) انظر فى تفاصيل ذلك . وجدى راغب . رسالة ص ١٢٨ - ١٣٠ . ابراهيم نجيب ص ٩١ - ٩٣ بند ٢٨ . د . فتحي والى ص ٤٨ - ٤٩ .

(١٤) ويراهم كيوفندا شكل خاص لنشاط الدولة

particolare forma di attività dello stato, esercita in parte degli organi giudiziari, in parte degli amministrativi e appartenente alla funzione amministrativa, principii p. 315.

وينتوى انصار الاتجاه القضائى فى العمل الولائى الى ضرورة تمييزه من ناحية عن العمل الادارى ومن ناحية أخرى من العمل القضائى ، ويقررون أن العمل الولائى وجه من أوجه النشاط القضائى دون أن يكون وظيفة مستقلة قائمة بذاتها (ابراهيم سعد ص ٩٣ ، وجدى راغب ، رسالة ص ٩٨) . (١٥) اذ أن هناك من ذهب الى عدم أهمية التمييز بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية ، على أساس أن المشرع المصرى قد نظم أهم صور الأعمال الولائية ، وهى الأوامر على العرائض . (انظر محمد حامد فهمى . ص ٢٤ ، أبو الوفا ، المرافعات ، بند ٥٦٤ ، نظرية الأحكام ، بند ٢٤ ، أمينة النمر ، أوامر الأداء فى القانون المصرى والتشريعات الأجنبية ١٩٧٠ ص ٣٢ - ٣٣ ، عبد الباسط جيمى ، مقالة ص ٦٣٠ - ٦٣١) .

(١٦) نظر الطبعة الأولى من هذا المؤلف ، ج ١ ، ص ١٤١ هامش ٢٦ .

٨٩ - الاتجاه التقليدي انتفاء النزاع :

الرأى السائد فى الفقه المقارن (١٧) ، يذهب الى القول بأن الأعمال الولائية تصدر فى غير خصوصية وبغير خصوص ،
ni litige, ni adversaire يعكس الأعمال القضائية . ولقد أخذ بذلك
المشرع الفرنسى بالفعل (١٨) . فالعمل اذن يكون قضائيا اذا كان فاصلا
فى نزاع قائم بين الخصوم ، ويكون ولائيا اذا صدر فى غير
خصوصية .

نقد :

وإذا كانت الغلبة لهذه النظرية ، الا أنها لا تعنى سلامة منطقها ،
وما انتهت اليه من نتائج ، فمن السهل توجيه سهام النقد اليها (١٩) .

(١٧) جلاسون وتيسيه - المطول ج ١ ص ٣٢٠ بند ١٢ . جابيو ،
المرافعات ص ١٤٨ بند ١٦٤ ، ص ١٦٩ - ص ١٥٠ - ١٥١ ، وسوليس
وبيرو ص ٤٤٨ بند ٤٨٦ . جارسونيه وسيزار برى ج ٨ بند ١٣٦ طبعة
ثالثة ، وفريوز بند ٥١ ص ٢٤١ وما بعدها ، وهبيرو مقالة عن العمل
القضائى - المشار اليه ص ١٣٤ وما بعدها ، وتعليقه على قانون فرقة
المشورة (الوز سنة ١٩٤٦ ص ٣٣٥ - ١) . كوشيز جيرارد . المرافعات
المدنية . ص ١٢٨ بند ٢١٦ . بلانيول موريس . رسالة ص ٦٩ وما
بعدها ، وانظر فى الفقه الايطالى ليارى . دروس ، ص ١٢ بند ٦ .
وفى الفقه المصرى . محمد حامد فهمى ص ٢٠ - ٢٤ ، العشماوى
ج ١ ص ٢٣٠ بند ١٩٢ ، ص ٢٣١ بند ١٩٣ . ابراهيم نجيب سعد ص ٩٨
وما بعدها بند ٣٢ ، محمد عبد الخالق عمر . رسالة فى فكرة عدم القبول
المشار اليها بالفرنسية ص ١٠٢ .

(١٨) وذلك بالقانون ١٥ بوليه سنة ١٩٤٤ الخاص بتنظيم غرفة
المشورة ، وانظر تعليق لهبيرو على هذا القانون
Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 D. 1946 p. 335.

كما نصحت المادة ٢٥ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد على ذلك صراحة
بقولهسا :

"le juge statue en matière gracieuse lorsqu, en demande dont la loi
exige..."

(١٩) انظر فى نقد هذه النظرية وجدى راغب ، رسالة ص ١١٨ .
عبد الباسط جهمى . مقالة ص ٦٣٢ وما بعدها . عبد الخالق عمر ص ٦٧ -
٦٨ . فتحى والى . الوسيط ص ٤٢ - ٤٣ .

فهي تقوم على أن وظيفة القضاء هي حسم المنازعات أو فضها ، وقد ثبت لنا فيما سبق فساد هذا المنطق ، لأن القضاء يقوم بإزالة عوارض النظام القانوني ، بغض النظر عن وجود النزاع أو عدم وجوده . كما أن كثيرا من الأعمال القضائية . تصدر في غير منازعة ، كالأحكام الغيابية وأوامر الأداء ، كما أن هناك أعمالا ولائية تقترب بالمنازعة .

٩٠ - الاتجاه الحديث - الدور المنشئ للأعمال الولائية :

أبرز الفقيه الألماني wach الدور المنشئ للأعمال الولائية واتخذ من هذا الدور معيارا لتمييزها وقد انتقل هذا الاتجاه الى الفقه الايطالي على يد الفقيه الكبير كيوفندا وغيره من الفقهاء (٢٠) .

ومضمون هذا الاتجاه ، أن العمل الولائي يتميز بأنه ينشئ دائما مركزا قانونيا جديدا (٢١) ، بعكس العمل القضائي الذي يكون محله

(٢٠) انظر كيوفندا مبادئ - نظم ج ٢ ص ١٧ . ومبادئ ص ٣١٦ أوجو روكو . المطول ص ١١٦ ج ١ . وروكو الفريديو - الحكم المدني ص ١٧ . لوجو اندريا . الموجز ص ١٥ بند ٧ . كوستا بند ٥٥ ص ٧٩ . نيبيري - ص ١٢ بند ٦ .

(٢١) وفي ذلك يقول كيوفندا ان للقضاء الولائي على مكن (القضاء بمعناه الفني) هدف منشئ ، فالأعمال الولائية تنشئ حالات قانونية جديدة . أو يساهم في سير روابط قائمة

la giuris. Valo. ha...sempre uno scopo costitutivo gli atti di giuris. volon. Tenendono sempre alla costituzione distati gitridici nuovi o cooperano allo svigiment di rapporti esistenti, principii p. 316.

وينفس المعنى زانزوكي ص ٦١ بند ٤٥ . ويقول لوجواندريا أنه في كافة صور القضاء الولائي ، يتدخل القاضي عامة بناء على طلب صاحب المصلحة بفرض انشاء روابط قانونية ، ولكنه لا يحقق حماية لحق مهتدي عليه

l'organo giuris. intervene al fine di costituire rapporti gitridici ma non provvede alla tutela del diritto violato p. 1: — 15 No. 7.

ويُفصل أوجو روكو في الأمر بقوله : ان القضاء بمعناه الفني وهو الذي

دائما رابطة قانونية سابقة ، فالعمل القضائي يفترض دائما وجود خصمين ، يطلب أحدهما حمايته فى مواجهة الآخر ، ولذا يتدخل القضاء ، حالا بنشاطه محل الفرد الممنوع من اقتضاء حقوقه بنفسه وبوسائله فى تحقيق هذه الحماية . أما فى العمل الولاى فلا يوجد خصمان ، كما لا يوجد مال معين ، تجب حمايته من الآخرين ، ولا توجد قاعدة يجب تطبيقها على الطرف الآخر ، ولكن توجد حالة قانونية *sta'io giuridico* أو مركز قانونى ، لا يمكن أن ينشأ ، أو يسير أو يتطور بفاعلية الا بعد تدخل القضاء .

وتجد هذه النظرية من يؤيدها فى الفقه المصرى (٢٢) ، ومن جانبنا نحن فلا نملك الا أن نؤيد هذه النظرية ، لسلامة منطقتها ، وقوة حجتها ، ولا ينال منها ما يدعيه البعض من صعوبة التفرقة بين الأعمال المنشئة والأعمال المقررة ، لأنها تفرقة دقيقة ، وما زالت محلا للخلاف (٢٣) ، إذ أن صعوبة التفرقة - على فرض وجودها - لا تنفى وجود ما يعد منشئا وما يعد مقررًا ، كما لا ينال منها ما يقول به البعض بأن هناك أعمال ولائية مقررة ، أى تقرر وتؤكد مراكز قانونية سابقة

يكون محله روابط قانونية (المطلوب حمايتها) سبق تكوينها وتحققت كافة شرائطها القانونية ، بعكس القضاء الولاى الذى يتدخل فى تكوين روابط قانونية

la giurisdizion vera...ha per oggetto...rapporti...siano già formati... e già verificati tutte le condizioni... nella giuris. volont. invece lo stato interviene nella formazione dei rapporti giuridici. p. 116.

(٢٢) فتحي والى . قانون القضاء المحلى ص ٦٨ بند ٢٩ - الوسيط ص ٤٢ . وجدى راغب رسالة ص ١٢٢ . مبادئ ص ٦٧ .
(٢٣) أنظر

Raynaud p. la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs. T. II 1959 p. 377.

مشار اليه فى ابراهيم سعد ص ٩٧ هامش (١) . وجابى ص ١٣٩ وما بعدها بند ١٥٣ . رولاند . رسالة ص ١٥٠ وما بعدها .

مثل التبنى فى فرنسا (٢٤) اذ أن القاضى يقرر حقوق وواجبات المتبنى والمتبنى ويؤكد صفتها ، وكذلك اثبات الوفاة فهذه أعمال ترتب آثارا تقريرية (٢٥) لأن هذه الأعمال (التبنى واثبات الوفاة) ، هى فى حقيقتها أعمال منشئة لحالات قانونية وأن كانت ذات أثر تقريرى بالنسبة لوقائع مادية . ومن ناحية أخرى ، فإن هذه الأعمال - على فرض أنها تقريرية - فانها تمثل مجرد حالات قليلة لا تنال من القاعدة العامة فى أن الأعمال الولائية ذات أثر منشئ دائما .

كما لا ينال من النظرية أيضا القول بأن هناك من الأعمال القضائية بالمعنى الفنى ما يكون لها هذا الأثر المنشئ مثل الحكم بالتطبيق أو بالفسخ . اذ أن هذه الأحكام المنشئة يكون محلها دائما روابط قانونية سابقة ، تكونت قبل صدورها وينشأ عنها الحق فى أحداث التغيير ، بالانشاء أو التعديل أو الانهاء وهو حق لشخص فى مواجهة آخر . أما الأثر المنشئ للعمل الولائى فلا يكون محله رابطة قانونية سابقة (٢٦) .

(٢٤) رولاند . حجية الأمر المقضى واعتراض الخصم الثالث من ٣٣٥ بند ٢٩٠ . ابراهيم سعد الاشارة السابقة .

(٢٥) سوليس وبيرو من ٤٥٥ بند ٤٩٤ . محمد عبد الخالق عمر المرافعات من ٦٩ - ٧٠ . ابراهيم سعد الاشارة السابقة .

(٢٦) أنظر فتحى والى - الاشارة السابقة . وجدى راغب - هداىء من ٧٨ ، كيوفندا من ٣١٦ - ٣١٧ .

المبحث الثانى

الأعمال الولائية ونظامها القانونى

المطلب الأول

تقسيمات الأعمال الولائية

٩١ - صعوبة حصر الأعمال الوقتية :

بذل فقهاء القانون المقارن مجهودا كبيرا ، فى محاولة منهم لحصر أو حتى تصنيف الأعمال الولائية (٢٧) ، غير أن هذه المحاولات جميعها لم تستطع حصر تلك الأعمال (٢٨) ، وإنما استطاعت أن ترد مختلف الأعمال الولائية الى نوعين أساسيين هما :

١ - أعمال توثيق وتصديق :

وهى تلك التى تضافى الصفة الرسمية على بعض تصرفات الأفراد التى يتطلب فيها القانون ذلك ، مثل اثبات الصلح بين الخصوم بمحضر الجلسة (م ١٠٣ مرافعات) ، واثبات الغيبة ، واثبات الوفاة وحصر الورثة (الاعلام الشرعى) . والتصديق على بعض التصرفات كالتبني .

٢ - أعمال اذن واجازة وتعيين :

وهى الأعمال التى يقوم بها القاضى والتى ياذن فيها بالقيام بتصرف معين لا يتم الا بهذا الاذن ، كالاذن للوصى بشراء عقار للقاصر ، أو الاذن بوضع الاختتام ، والاعلان فى غير مواعيد العمل الرسمية ، والاذن بتوقيع

(٢٧) انظر هذه المحاولات ، جميعى ، مقالة ، ص ٥٩٣ ، محمد حامد فهمى ، بند ٢٢ : أحمد مسلم ، اصول - الاشارة السابقة - فتوى رالى ، ص ٧٠ - ٧١ : ابراهيم سعد ص ٨٨ ، جلاسون وتسييه ، ج ١ ، ص ٣٠ كيوفندا - مبادئ - ص ٣١٩ : زانزوكى ، ج ١ ، بند ٤٦ .
(٢٨) قارن أبو الوفا ، المرافعات ، ط ٤ ، بند ٥٦٣ ص ٧٥٤ .

الحجز الاحتياطي ، أو تلك التى يجيز فيها عمل تم قبل ذلك ، مثل الموافقة على الحساب المقدم من الوصى ، أو اجازة أعمال المصفى . أو تلك الأعمال التى يقوم فيها القاضى بتعيين وصى للقاصر أو قيم للمحجور عليه أو مصفى لتركه ، ومراقبة هؤلاء وعزلهم .

المطلب الثانى

النظام القانونى للأعمال الولائية

٩٢ - نظم مختلفة :

راينا فيما تقدم أن الأعمال الولائية كثيرة ومتنوعة ، ولا تدخل تحت حصر . وكان ما تقدم مجرد محاولة لتصنيف تلك الأعمال . غير أن هذه الأعمال ، على تباينها واختلافها ، يجمعها اطار واحد ، هى أنها لا ترتب حجية الأمر المقضى ، ولا تستند ولاية من يصدرها ، الذى يكون له الرجوع عنها والعدول عما اتخذه فيها ، وإصدار ما يخالفها بشرط أن يسبب تلك الأعمال المخالفة . كما أن الأعمال الولائية لا تخضع لما تخضع له أحكام القضاء من حصانات وأهمها الطعن عليها بطرق الطعن فى الأحكام ، وإنما يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطالها (٢٩) .

وعلى الرغم من ذلك ، فلم يشأ المشرع المصرى أن يخضع الأعمال الولائية لنظام قانونى واحد ، بل أخضعها لنظم مختلفة (٣٠) حيث :

- اعترف المشرع للقضاء بسلطة تقديرية واسعة فى بعض الأعمال الولائية ، مثل تلك المتعلقة بأعمال الولاية على المال ، فى حين أنه لم يعترف للقضاء بأى سلطة فى أعمال أخرى ، مثل تلك المتعلقة بالتوثيق إذ يقتصر دور القاضى فيها على مجرد اثبات الأمر أو مراقبته .

(٢٩) أبو الوفا - ط ١٣ ، ١٩٨٠ ص ٧٢٦ بند ٥٦٩ ، فتحى والى ، الوسيلة بند ٢٠ ، وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٧٠ .
(٣٠) وجدى راغب ، مبادئ القضاء المدنى ، ص ٦٩ .

- غاير المشرع فى النظام الاجرائى الذى تخضع له الاعمال الولائية
فحدد شكلا عاما للعمل الولائى هو الامر على عريضة فى مسائل المعاملات ،
الذى يصدر فى اجراءات حددها فى المواد من ١٩٤ وما بعدها من قانون
المرافعات . فى حين انه نظم شكلا اجرائيا آخر للعمسل الولائى
الذى يصدر فى بعض مسائل الاحوال الشخصية والولاية على المال ،
فتصدر فى شكل احكام من المحكمة فى غرفة المشورة بناء على عريضة
تقدم من ذوى الشأن او من النيابة العامة ، فى جلسة بغرفة المشورة
يحضرها ذوو الشأن من الذين اخطرهم بها قلم الكتاب وكذلك ممثل
لنليابة العامة ، وتخضع هذه الاحكام لطرق طعن يحددها القانون
(المواد ٨٦٩ - ٨٨٥ من قانون المرافعات الملغى والتى ما زالت
سارية) (٣١) .

واذا كان القانون قد حدد نظاما مختلفة للاعمال الولائية ، الا انه
قد وصع تنظيما عاما لها . يكون واجب الاتباع بالنسبة لكل الاعمال
الولائية التى لم ينص المشرع على نظام خاص بها . وهذا النظام العام
هو نظام الاوامر على العرائض ، ونظرا لاهمية هذا النوع من الاوامر ،
فاننا نفرد له مبحثا خاصا .

(٣١) عبد الباسط جعيمى - محمود هاشم . المبادئ العامة للتنفيذ ،
ص ١٣٢ ، العشماوى ، بند ٢٤٣ ، أمينة النمر - التنفيذ الجبرى ١٩٧٢ ،
ص ٦٧ ، فتحى والى ، ص ٧١ . تارن وجدى راغب - مبادئ ، ص ٧٠٠ .

المبحث الثالث

الأوامر على العرائض (٣٢)

٩٣ - تمهيد :

رأينا فيما تقدم أن الأوامر على العرائض ، تعد أهم الأعمال
الولائية ، وأكثرها وقوعا فى العمل .

ودراسة علمية لهذه الأوامر تقتضينا أن نبدأ بتحديد فكرة نظام
الأوامر على العرائض وحالاته ، ثم نبين النظام الاجرائى لها ، وأخيرا
لنطرق مراجعتها وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

فكرة الأمر على عريضة وحالاته

٩٤ - فكرة الأمر على عريضة :

الأمر على عريضة عبارة عن قرار القاضى فى الطلب المقدم اليه فى
غيبة الخصوم ، أى بغير اعلان لعريضته قبل صدوره . وهو لذلك يختلف
عن الأحكام القضائية من وجوه كثيرة ، لعل أهمها أنه يصدر بغير مواجهة
وفى غير إجراءات الخصومة العادية ، كما أنه يصدر فى اليوم التالى
لتقديم العريضة على الأكثر ، على تفصيل نوردته فى موضعه .

والأمر على عريضة هو صورة من صور الأعمال الولائية ، بل هو
أهمها جميعا ، بل يعد نموذجا العام (٣٣) .

(٣٢) انظر دراسة تفصيلية لها . سيزار برو - هيررو وسنيول ،
ج ٢ ، الأوامر على عرائض سنة ١٩٧٠ . وانظر بحث لنا بعنوان المنع من
السفر فى غير المواد الجنائية - دار الفكر العربى ١٩٨٥ ، ص ٧٣ وما بعدها
والمراجع التى أشرنا إليها .

(٣٣) أبو الوفا ، بند ٥٦٤ ، عبد الباسط جبيعى ، مبادئ ، ص ١٦٧ ،
العشاوى ، بند ٢٣٣ ، فتحى والى ، ص ٧١ . محمود هاشم . استفاد
ولاية القاضى المنبى ، ص ١٩٨ - قارن وجدى راغب ، مبادئ ص ٧٠٠ .
- ٧٠١ .

والأمر على عريضة من أهم الأعمال الولائية ، وأوسعها انتشارا ووقوعا فى الحياة العملية . لهذا اهتم بها المشرع ، ووضع لها تنظيما تفصيليا فى المواد ١٩٤ وما بعدها من قانون المرافعات .

٩٥ - حالات الأوامر على عرائض :

أورد المشرع ، فى نصوص متفرقة ، حالات معينة استلزم فيها اتباع نظام الأوامر على العرائض ، ومن أمثلتها طلب تعيين وصى للتركة (٩٣٨ مرافعات) ، والأمر باختصاص الدائن بعقارات مدينه (م ١٠٨٩) والأمر بتقرير نفقة وقتية من التركة (٩٥٠) والاذن بتوقيع الحجز التحفظى (٣١٩) ، وبيع الأموال المنقولة فى غير مكانها (٣٧٧) أو الاذن باجراء الاعلان فى غيز المواعيد المسموح بها أو بتتقيص المواعيد الاجرائية أو بمدها (م ٦٦ ، ١٧٥ مرافعات) ، والأمر بوضع الاختتم ورفعها (٩٥٥ ، ٩٦٠ مرافعات قديم) . ثم أورد المشرع فى المادة ١٩٤ عبارة عامة تقضى باتباع اجراءات الأوامر على العرائض فى « الأحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر .. » . وقد أدى هذا الموقف الى الخلاف الفقهي بين الشراح حول تحديد حالات الأوامر على العرائض وهل هى محددة على سبيل الحصر أو أنها ليست كذلك ؟

فذهب بعضهم الى أن الحالات التى يجب اتباع اجراءات الأوامر على العرائض بشأنها قد جردها القانون على سبيل الحصر ، لانها حالات استثنائية خاصة ، ولا يطبق لذلك ، هذا الطريق على غير هذه الحالات (٣٤) .

(٣٤) أحمد أبو الوفا - اجراءات التنفيذ ، ص ١٢٦ ، هامش (٢) ،
والمرافعات ط ١٤ ، ص ٧٥٥ ، هامش (٣) . - أمينة النمر - قوانين المرافعات
ج ١ ، ١٩٨٢ ، ص ٥٢٠ . محمد حامد فهمي ، بند ٤٣ ، محمد كمال
عبد العزيز ، ط ٢ ، ص ٣٧٧ .

وذهب البعض الآخر (٣٥) الى أن نص المشرع على حالات معينة للأوامر على العرائض ، لا تعتبر منه تحديدا حصريا لهذه الحالات ، وانما مجرد امثلة لها ، ولذلك يجوز للقاضي ان يصدر أوامر على عرائض فى حالات لم يرد بشأنها نص فى القانون . ولا شك أن هذا الرأى الأخير هو الجدير بالتأييد فى رأينا فى ظل التنظيم الحالى لنظام الأوامر على العرائض ، اعمالا لعموم نص المادة ١٩٤ من قانون الحالات ، والتي جاءت بصيغة العموم (فى الحالات) والتي هى للاستغراق والشمول . كل ما فى الأمر أن يكون للخصم وجه فى استصدار الأمر ، أى أن يكون له سند فى استصداره ، سواء كان نص القانون أو قاعدة عرفية أو غير ذلك ، وأن تكون للخصم مصلحة قائمة وحالة تطبيقا لنص المادة ٣ من قانون المرافعات .

المطلب الثانى

النظام الاجرائى للأوامر على العرائض

٩٦ - تقسيم :

الحديث عن النظام الاجرائى للأوامر على العرائض ، يستلزم تحديد جهة الاختصاص بإصدارها ، وبيان اجراءات استصدارها ، وذلك على التفصيل الآتى :

الفرع الأول

الاختصاص بإصدار الأوامر على العرائض

تولت المادة ١٩٤ من قانون المرافعات تحديد الجهة المختصة بإصدار الأوامر على عرائض ، وحددته فى « قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة

(٣٥) العشماوى ، ج ١ ، ص ٢٢٣ ، بند ١٩٦ . فتحى والى ، ص ٨٨٢ ، الوسيط ، جيمى - شرح قانون الإجراءات المدنية ، ص ١٥٠ . مصطفى هرجة - الجديد فى الأوامر على العرائض . دار الثقافة للطباعة والنشر ، ١٩٨٢ ، ص ١٢ ، الذى عرض لنماذج قضائية لحالات صبرت فيها أوامر على عرائض نون استناد الى نص فى القانون : قارن وجدى رافب ، ص ٧٠٢ - ٧٠٣ .

المختصة ، أو رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى » كما وأن المادة ٢٧٥ من القانون ذاته قد نصت على أن قاضى التنفيذ « يختص بإصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ » .

يبين مما تقدم أن المشرع لم يمنح الاختصاص بإصدار الأوامر على العرائض الى المحكمة منعقدة بكامل هيئتها ، وإنما جعله من اختصاص قاضى فرد من قضاتها ، اختصاصا نوعيا (٣٦) ، هو قاضى الأمور الوقتية بها أو رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى .

هذا وقد راعى المشرع فى تحديد الاختصاص النوعى بإصدار الأوامر على العرائض التفرقة بين فرضين : الأول : هو الأوامر التى تتعلق بمنازعات لم ترفع بعد الى القضاء وهذه جعلها من اختصاص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة . والثانى : الأوامر التى تتعلق بمنازعات معروضة بالفعل الى القضاء ، وهذه جعلها من اختصاص رئيس الهيئة التى تنظرها .

٩٧ - أولا - قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة :

وهو القاضى المختص بإصدار الأوامر على العرائض التى تتصل بمنازعات لم تعرض بعد على القضاء ، وهو بحسب الاختصاص النوعى والمحلى بنظر هذه المنازعات .

١ - قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية :

وهو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها (م ٢٧ مرافعات) . ويجرى العمل فى بداية كل عام قضائى أن تندب الجمعية العمومية للمحاكم الابتدائية بعض القضاة للقيام بهذه المهمة . وهذا لا يخل بما لرئيس المحكمة أو من يقوم مقامه من اختصاص بالعمل

(٣٦) وجدى راغب ، مبادئ - ص ٧٠٥ ، أحمد مسلم ، بند ١٢٦ .
وهو لذلك متعلق بالنظام العام ، يترتب على مخالفته وجوب امتناع القاضى عن إصدار الأمر والا كان باطلا . (فتحى والى ص ٨٨٢) .

نقضاء للأمور الوقتية . وبالتالي لا يجوز عرض الأوامر على العرائض الا على رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه أو من تم ندهبم لذلك .

٢ - قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الجزئية :

وهو قاضياها (م ٢٧) ، ويختص هذا القاضي بصفته قاضيا للأمور الوقتية بإصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بالمنازعات التي تدخل في اختصاصه ، نوعيا أو قيميا . فلا يختص غيره بها ، ولا يختص هو بإصدار الأوامر المتعلقة بمنازعات تخرج عن اختصاصه ، لدخولها في اختصاص المحاكم الابتدائية ، أو في اختصاص المحاكم الجزئية المختصة ، مثل المحاكم العمالية والتجارية الجزئية ، حيث يكون قاضي هذه المحاكم هو قاضي الأمور الوقتية بالنسبة للأوامر التي تتعلق بالمنازعات التي تدخل في اختصاصه (٣٧) .

٣ - قاضي التنفيذ بصفته قاضيا للأمور الوقتية :

ويختص وحده بإصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ (م ٢٧٥ من قانون المرافعات) ، ما لم ينص القانون على اختصاص قاض آخر بإصدار الأوامر على العرائض في بعض منازعات التنفيذ ، مثل اختصاص مأمور التفليسة بالأوامر المتعلقة بالتفليسة ، وقاضي الأداء بإصدار الأمر بتوقيع الحجز التحفظي في الحالات التي يتم الحجز فيها بناء على سند فتوافر فيه شروط إصدار أمر بالأداء .

- صعوبة عملية :

إذا كان قاضي التنفيذ في نظامنا يصدر أحكاما موضوعية في المنازعات الموضوعية في التنفيذ ، وأحكاما وقتية في منازعات التنفيذ الوقتية (اشكالات التنفيذ) وأوامر على عرائض في الأوامر المتعلقة بالتنفيذ ، فإن أعمال هذا القاضي ، والأمر كذلك ، لا تصدر الا في صورة

أحكام قضائية (موضوعية أو وقتية) ، أو فى صورة أوامر على عرائض . وهذه وتلك لا تصدر منه الا بناء على طلب ذوى الشأن فى صورة دعوى أو عريضة . فهل يستطيع هذا القاضى أن يصدر أوامر تتعلق بالتنفيذ فى غير هاتين الصورتين ؟ أى فى صورة التأشير بالأمر أو القرار على أوراق التنفيذ . بناء على عرض هذه الأوراق عليه بواسطة المحضر ؟

ذهب رأى (٢٨) الى عدم جواز استخدام القاضى سلطته فى اصدار أوامر تتعلق بالتنفيذ ، الا فى هاتين الصورتين بناء على طلب أى من ذوى الشأن ، بينما ذهب رأى ثان (٣٩) الى جواز ذلك حتى يتحقق الاشراف على التنفيذ . ويعتبرون أن قرار قاضى التنفيذ على أوراق التنفيذ بمثابة أوامر على عرائض يجوز التظلم منها .

ولكننا لسنا من هذا الرأى اعتبارا بأن سلطة الاشراف على التنفيذ المقررة لقاضى التنفيذ لا تجيز له اصدار قرارات تتعلق بالتنفيذ الا فى شكل أحكام أو أوامر وقتية ترفع اليه بالطرق المحددة نظاما ، بناء على طلب ذوى الشأن ، أما سلطة الاشراف فتعطيه فحسب سلطة اصدار أوامر ادارية من شأنها ازالة المعوقات المادية للتنفيذ .

وعلى ذلك لا يجوز لقضاة التنفيذ التأشير على الأوراق بوقف التنفيذ أو بارجائه . كما لا يجوز لهم اصدار أوامر وقتية بوقف التنفيذ ، لأن وقف التنفيذ لا يتم الا بناء على نص القانون كإثر لرفع اشكال أو دعوى استرداد ، أو حكم قضائى يصدر من قاضى التنفيذ فى دعوى ، أو من محكمة الطعن فى طلب وقف التنفيذ .

هذا ويقدم طلب اصدار الأمر الوقتى ، الى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة وفقا لقواعد الاختصاص النوعى والمحلّى للمحاكم (٤٠) .

(٢٨) محمد كمال عبد العزيز ، ص ٥٢٢ .

(٣٩) عز الدين الناصورى وحيد مكاثر - التعليق ، ص ٨٣١ .
ويؤيد هذا الرأى مصطفى هرجة ، ص ٣١ - ٣٢ . وهو الاتجاه الذى يجرى عليه العمل فعلا .

(٤٠) وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٧٠٥ .

٩٨ - ثانيا : رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى :

إذا اتصل الأمر على عريضة بدعوى مرفوعة بالفعل الى القضاء جاز للخصم اللجوء الى رئيس الهيئة التى تنظر هذه الدعوى ، سواء كان هو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية ، أو القاضى الجزئى الذى ينظر الدعوى الموضوعية ، أو رئيس دائرة محكمة الاستئناف .

٩٩ - ولاية اصدار الأوامر على العرائض :

يعد قاضى الأمور الوقتية مكونا من مكونات جهة القضاء العادى ، وتتحدد ولايته بالتالى ، بما تتحدد به ولاية القضاء العادى . فتنحصر عنه كل ما ينحصر عن ولاية هذا القضاء ، وعليه ، فلا يملك قاضى الأمور الوقتية اصدار أوامر على عرائض ، تتعلق بعمل من أعمال الميادة ، ولا بقرارات أو عقود ادارية ، ولا بوقف تنفيذ حكم صادر عن جهة القضاء الادارى (٤١) ، ولا بعمل يدخل فى الاختصاص المنفرد لجهة أخرى ، كجهة تحقيق معينة (٤٢) .

فإذا عرضت على قاضى الأمور الوقتية عريضة أمر يتعلق بعمل من هذا القبيل ، وجب على القاضى رفض اصدار الأمر لانتفاء ولايته ، ولا يكون عليه إحالة الأمر الى الجهة ذات الولاية اعمالا للمادة ١١ مرافعات .

(٤١) الا اذا كان التنفيذ على مال ، فمن المقرر ان قاضى التنفيذ يختص بنظر المنازعات المتعلقة بالتنفيذ على الأموال ايا كانت الجهة التى اصدرت الأحكام المتعلقة بها .

(٤٢) غير أن هذه الحدود غير معروفة - للأسف الشديد - لبعض قضاة الأمور الوقتية . ومن امثلة الأوامر التى صدرت بعيدة عن حدود المنطق والفهم الصحيح للقانون ، الأمر الوقتى رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٩ مصر الجديدة بوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الادارى بوقف تنفيذ قرار حل نادى الشمس . والقرار رقم ٢٢ لسنة ١٩٨١ جنوب القاهرة يمنع المعارض ضده من السفر لاتهامه فى جريمة معاقب عليها ، لأن جهة الاختصاص بأصدار الأمر الأخير هو النائب العام .

الفرع الثانى

اجراءات اصدار الاوامر على العرائض

١٠٠ - العريضة وبياناتها :

تبدأ اجراءات استصدار الامر على عريضة ، بتقديم طلب محرر بمعرفة الطالب أو وكيله ، من نستخين متطابقتين ، يطلق عليها « عريضة » . ويجب أن تشتمل هذه العريضة على عدة بيانات ، منها وقائع الطلب وأسانيده ، أى موضوع الطلب وأسبابه ، وبيان الموطن المختار للطالب فى البلدة التى يقع بها مقر المحكمة المقدم اليها الطلب ، وأن تتضمن البيانات الدالة على أطراف الطلب ، والطالب والمطلوب صدور الامر ضده .

ويجب أن يرفق بالطلب المستندات المؤيدة له . ولا يشترط أن يوقع على طلب الامر على عريضة محام مهما كانت قيمة الطلب (٤٣) . .

١٠١ - اصدار الامر :

متى قدمت العريضة الى قلم الكتاب بالمحكمة المختصة ، بعد أداء الرسم المقرر عليها ، يقوم قلم الكتاب بعرض الطلب ومرفقاته على القاضى فى اليوم نفسه ، بغير اعلان . وعلى القاضى أن ينظر الطلب فى غير جلسة ، ودون حضور أى من الخصوم أو الكاتب ، وعليه أن يصدر أمره كتابة على إحدى نسختى العريضة فى اليوم التالى لتقديمها على الاكثر (٤٤) ، وللقاضى سلطة تقديرية فى قبول الطلب أو رفضه كليا أو جزئيا ، حسبما يتبينه من أسباب الطلب . ولا يلتزم القاضى بتسبيب

(٤٣) . وجدى ، راغب ، مبادئ ، ص ٧٠٦ ، فتحى والى ، الوسيط
بند ٣٩٢ ، ص ٨٨٣ .
(٤٤) ولا يترتب على مخالفة هذا البعد بطلان ، فهو ميعاد تنظيمى
(فتحى والى - الاشارة السابقة) .

أمره ، إلا إذا كان مخالفا لأمر آخر سبق له أن أصدره والا كان الأمر المخالف باطلا (م ١٩٥) (٤٥) .

وتحفظ نسخة العريضة المدون عليها أمر القاضي بالمحكمة ، وعلى قلم الكتاب تسليم النسخة الثانية من العريضة مكتوبا عليها صورة الأمر في انيوم التالي لصدوره على الأكثر (م ١٩٦) .

المطلب الثالث

التظلم من الأوامر على العرائض

١٠٢ - تمهيد وتقسيم :

نظرا لاختلاف الأوامر على العرائض في طبيعتها عن الأحكام القضائية ، فلم يخضعها المشرع للطرق ذاتها التي تراجع بها تلك الأحكام ، وإنما أخضعها بطريقة خاص هو التظلم منها .

ودراسة متأنية لهذا الطريق ، تستوجب تحديد القواعد التي يرفع بها التظلم ، ثم القواعد الواجبة للاتباع للحكم فيه . لهذا ينقسم هذا المطلب الى فرعين هما :

الفرع الأول

قواعد رفع التظلم واجراءاته

يقتضى الحديث عن التظلم ، البدء بتحديد المحكمة المختصة بنظره ، ثم الاجراءات التي يرفع بها ، والميعاد الذي يرفع خلاله ، وذلك على التفصيل الآتى :

(٤٥) ونذكر بأن مشروع تعديل قانون المرافعات قد أورد تعديلا على هذه الفقرة مؤداه أنه إذا كان الأمر مخالفا لأمر سبق صدوره ، أو كان صادرا في غير الحالات التي ورد بشأنها نص خاص بجواز صدور أمر على عريضة ، فإنه يجب في الحالتين قبل إصدار الأمر الجديد تكليف قلم الكتاب بإعلان ذوي الشأن للحضور بجميعه اربع وعشرين ساعة لسماع ملاحظاتهم في غرفة المشورة وذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر والا كان باطلا .

١٠٣ - المحكمة المختصة بنظر التظلم :

ويقدم التظلم اما من طالب الامر اذا ما رفض طلبه كلياً أو جزئياً ،
واما من الخصم الصادر ضده الامر (م ١٩٧) (٤٦) . فاذا كان التظلم
من طالب الامر ، فانه يرفع الى المحكمة المختصة التابع لها القاضى الذى
أصدر الامر (٤٧) ، وهى اما المحكمة الجزئية ، واما المحكمة
الابتدائية ، بحسب الاحوال . واذا كان التظلم من الخصم الصادر ضده
الامر ، فان له أن يرفع تظلمه الى القاضى الامر نفسه ، أو الى المحكمة
التي يتبعها هذا القاضى (٤٨) ، مع ملاحظة أن رفع التظلم الى القاضى
الامر يمنع التظلم ثانية الى المحكمة المختصة .

ويجوز لطالب الامر أو لمن صدر عليه الامر أن يتظلم منه الى محكمة
الموضوع تبعا للدعوى الأصلية (٤٩) ، وذلك فى أية حالة تكون عليها
ولو أثناء المرافعة « . (م ١٩٨ مرافعات) . سواء كانت محكمة
الموضوع هذه محكمة جزئية أو محكمة ابتدائية أو حتى محكمة
استئناف (٥٠) .

١٠٤ - اجراءات رفع التظلم :

يرفع التظلم سواء أمام المحكمة المختصة ، أو القاضى الامر بعريضة
ترفع بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م ١٩٧/٢) يجب أن تشمل

(٤٦) فلا يقبل التظلم من الامر على عريضة من غير أطرافه ، مهما
كانت مصالحهم فى ذلك (فتوى والى ، بند ٣٩٤) .
(٤٧) لم يجز المشرع رفع تظلم طالب الامر الى القاضى الامر نفسه ،
اعتباراً بأن هذا التظلم لا يجدى غالباً ، حيث سبق للقاضى أن استمع لوجهة
نظر الطالب المسطرة فى الطلب (أبو الوفا ، المرافعات ، ط ١٤ ، ص ٧٥٩
(٤٨) أبو الوفا - ط ١٤ ، ص ٧٥٩ ، وجدى راغب ، مبادئ ،
ص ٧٠٨ .

(٤٩) مع ملاحظة أن قيام الدعوى الأصلية أمام المحكمة لا يمنع من
رفع التظلم بدعوى مبتدأة الى المحكمة المختصة أو القاضى الامر بحسب
الاحوال (قارن وجدى راغب ، ص ٧٠٨) .
(٥٠) امينة النمر - القواعد العامة فى التنفيذ ، ط ١ ، ص ٥٧ .

على البيانات المنصوص عليها في المادة ٦٣ مرافعات ، ويتم اعلانها الى الخصم الآخر ، حتى تنعقد الخصومة في التظلم بين طرفيها .

وأوجب القانون أن يكون التظلم مسببا والا كان التظلم باطلا (م ٣/١٩٧ مرافعات .

على أنه اذا رفع التظلم تبعا للدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع ، فان التظلم ، باعتباره طلبا عارضا ، يرفع في هذه الحالة اما بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى بشرط اعلانها قبل الجلسة ، واما بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم الآخر ، يثبت في محضرها (٥١) ، ويشترط كذلك أن يكون التظلم مسببا أيضا في هذه الحالة (٥٢) .

١٠٥ - ميعاد التظلم :

هل يشترط تقديم التظلم من الأمر على عريضة ، في موعد معين ؟
نفرق في هذا الصدد بين فرضين :

١ - الأول : رفع التظلم باجراءات أصلية :

اذا رفع التظلم باجراءات أصلية أمام المحكمة المختصة أو القاضي الأمر ، فالمرجع - كقاعدة - لم يحدد ميعادا يجب رفع التظلم خلاله . وبالتالي فيمكن رفعه في أي وقت . مع ملاحظة أن المشرع قد نص على سقوط الأمر على عريضة ذاته اذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره (٥٣) . مما يؤدي لزوما الى القول - عملا - بضرورة

(٥١) فتحى والى ، الوسيط ، ص ٨٨٦ ، أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ٧٥٨ ، هرجة ، الجديد ، ص ٣٩ . عكس ذلك الدنامسورى وعكاز ، ص ٥٢٨ .

(٥٢) فتحى والى ، الوسيط ، ص ٨٨٦ ، هامش (١) . مصطفى هرجة ، ص ٣٩ .

(٥٣) على أن هذا السقوط لا يتعلق بالنظام العام ، فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا يجوز لغير من صدر ضده الأمر التمسك به ، وان كان يجوز له النزول عنه صراحة أو ضمنا (وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٧٠٨ . نقض ١٩٦٩/٣/١١ ، المجموعة ، ص ٢٠ ، ص ٣٨) .

رفع التظلم خلال هذه المدة ، والا يصبح غير ذى موضوع (٥٤) ،
وتنقضى بالتالى المصلحة فى رفعه بعد فوات تلك المدة (٥٥) .

ب - الثانى : رفع التظلم باجراءات فرعية :

اذا رفع التظلم من الامر على عريضة الى المحكمة التى تنظر
الدعوى الاصلية التى يتعلق بها الامر ، فانه يجب لقبول التظلم - أن
يرفع الى هذه المحكمة اما بالاجراءات المعتادة واما شفاها فى الجلسة ،
وذلك الى ما قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى الاصلية (م ١٩٨)
سواء كانت مدة الثلاثين يوما المشار اليها فى المادة ٢٠٠ مرافعات لسقوط
الامر ، قد انقضت أو لم تكن قد انقضت .

هذا ومن المقرر أن صدور الحكم فى الدعوى الموضوعية التى يتعلق
بها الامر الوقتى تمنع من التظلم منه ، وذلك اعتبارا بأن التظلم لا يعدو أن
يكون دعوى وقتية ينتهى أثرها بصدور الحكم الموضوعى (٥٦) .

١٠٦ - هل يمكن الاستغناء عن التظلم باستصدار أمر جديد :

تنص المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات على سقوط الامر على عريضة
بقوات مدة الثلاثين يوما على صدوره ، دون تقديمه للتنفيذ . وأن هذا
السقوط لا يمنع من استصدار أمر جديد ، فهل يجوز لذلك اذن استصدار
أمر جديد ، بدلا من التظلم من الامر السابق ؟ ذهب رأى الى القول بأنه
يجوز « للطالب بدلا من أن يتظلم أن يقدم عريضة أخرى لذات القاضى
وذلك لأن الامر لا يستنفد سلطة من يصدره بالنسبة للطالب » (٥٧) .

(٥٦) فتحى والى ، الوسيط ، بند ٣٩٤ ، وجدى راغب ، مبادئ

ص ٧٠٩ .

(٥٥) وقد اجاز رأى فقهى لطالب الامر اذا رفض طلبه أن يتظلم منه
حتى بعد انقضاء مدة الثلاثين يوما من تاريخ صدوره (امانة النمر ، ص
٢٥٦ - وهذا الرأى محل نظر فى رأينا ، راجع فى ذلك هرجة ، ص ٤٠) .

(٥٦) فتحى والى ، الاشارة السابقة .

(٥٧) وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٧٠٨

والواقع فى رأينا أن التقدم بطلب استصدار أمر وقتى جديد بدلا من التظلم من أمر سابق ، يكون جائزا ومقبولا من كل من له مصلحة فى الغاء الأمر السابق ، سواء كان هو طالب الأمر الذى رفض طلبه ، أو كان هو المطلوب صدور الأمر ضده ، إذا صدر الأمر فعلا ضده ، حيث يكون له مصلحة فى التعجيل باستصدار أمر جديد خلال أيام قلائل ، بدلا من الانتظار حتى يحكم فى التظلم الذى يرفع بصحيفة دعوى واجبة الاعلان ، وما يستغرقه نظرها من وقت ، خصوصا فى أيامنا هذه التى يستغرق نظر الدعاوى المستعجلة فيها وقتا طويلا . بل لا نتجاوز الحقيقة اذا قلنا أن هذه المصلحة متوافرة ، بشكل أوفر فى جانب الصادر ضده الأمر ، حيث أن القاضى الأمر لم يكن قد سمع وجهة نظره .

الفرع الثانى

إجراءات الحكم فى التظلم

١٠٧ - إجراءات نظر التظلم وسلطة المحكمة بشأنه :

يرفع التظلم وعلان صحيفته على النحو المقرر قانونا ، تنشأ أمام المحكمة المرفوع إليها التظلم الخصومة فيه بين طرفى التظلم . ومن المقرر أن دعوى التظلم ، تعد دعوى وقتية ، ومن ثم تفصل فيها المحكمة فى الجلسة الأولى المحددة لنظرها ، ولو لم يحضرها المرفوع ضده التظلم طالما أعلن بها اعلانا صحيحا ولو لغير شخصه . وتسير الخصومة حتى تنتهى بحكم ، وليس بأمر على عريضة ، وقتى فى موضوع التظلم بالغاء الأمر أو بتعديله أو بتأييده ، حسبما تتكشفه من الأوراق . ويتقيد قاضى التظلم بما يتقيد به قاضى الأمور المستعجلة ، من عدم المساس بأصل الحق الذى يتعلق به الأمر على عريضة (٥٨) موضوع التظلم .

(٥٨) أبر الوفا ، ط ١٤ ، ص ٧٦٠ ، بند ٥٦٧ ، نقض مدنى ١٨/١٢/١٩٧٨ فى الطعن ٤٥٠ لسنة ٨ ق . أشار اليه مصطفى هرجة ، ص ٤٢ ، نقض ١٩٦٢/١٢/٦ ، المجموعة ، س ١٣ ، ص ١٠٩٢ .

١٠٨ - طبيعة الحكم الصادر فى التظلم :

يعد الحكم الصادر فى التظلم حكما وقتيا ، له خصائص الأحكام الوقتية ، ولذلك فهو يحوز حجية هذه الأحكام ، أيا كان القاضى الذى أصدره ، كما أنه يستنفذ ولاية من يصدره . ولكن هذا الحكم لا يقيد محكمة الموضوع عند نظر الدعوى الموضوعية .

كما أن الحكم الصادر فى التظلم يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف أيا كانت قيمته أو قيمة الدعوى الموضوعية المتعلقة به . ويرفع الاستئناف الى المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، اذا كان الحكم فى التظلم صادرا من المحكمة الجزئية أو من قاضى الأمور الوقتية بها . وإلى محكمة الاستئناف اذا كان الحكم فى التظلم صادرا من المحكمة الابتدائية ، أو من قاضى الأمور الوقتية بها (٥٩) .

(٥٩) نقض ١٦٨٢/٥/٣٠ فى الطعن ٤٨٠ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٦٢/١٢/٦
س ١٣ ، ص ١٠٩٢ ، ١٩٥٦/١٢/٦ ، س ٧ ، ص ٩٥٧ ، فتحى وإلى ،
الوسيط ، بند ٣٩٤ ، وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٧٠٩ ، أبو الوفا ، ط ١٤
ص ٧٥٨ هامش ، ص ٧٥٩ .

الباب الثاني

القضاة وأعاونهم

● القضاة

● أعاونهم

١٠٩ - تمهيد :

بعد أن تحدثنا عن الوظيفة القضائية ، علينا أن نتحدث عن القائمين بهذه الوظيفة أى القضاة الذين يقولونها . ثم علينا أيضا أن نتحدث عن الطوائف الأخرى المعاونة لهم فى أداء هذه الوظيفة .

رینقسم هذا الباب ، لذلك ، الى فصلين . نخصص الاول للقضاة ، والثانى لاعوانهم .

الفصل الأول

القضاة Les Juges

١١٠ - تمهيد وتقسيم :

كانت وظيفة القضاء ، ولا تزال ، من أهم الوظائف العامة وأخطرها شانا ، وكانت أعمال القضاء ، ولا تزال ، من أجل الأعمال وأكبرها أثرا ، حيث أنها تتناول رقاب الناس وأبضاعهم . وأموالهم . فيها تعصم الدماء وتسفح ، وتحرم الأبضاع وتنكح ، ويثبت ملك الأموال ويسلب ، ويعلم ما يجوز من المعاملات ويحرم ويكره ويندب (١) .

ولهذا كان من الطبيعي أن تهتم الأنظمة قاطبة بالقضاء ، وبالقائمين عليه ، خاصة النظام الاسلامى القائم على العدل ، وإحقاق الحق ، وإيصال الحق الى المستحق ، وانصاف المظلوم من الظالم . فكان القضاء فى الاسلام من أجل الأمور قدرا ، وأعزها مكانا وأشرفها ذكرا . وكان طبيعيا أن تهتم الأنظمة المختلفة بالقضاة ، فهم العمود الفقرى لآى نظام قضائى ، فعليهم يقع عبء تحقيق العدل بين المواطنين .

ويطلق لفظ القاضى على كل من تثبت له ولاية القضاء ، سواء كانت ولاية عامة مطلقة ، أو كانت ولاية خاصة مقيدة . وسواء بعد ذلك أكان قاضيا أم مستشارا .

ولما كان القضاء سلطة عامة ، وفريضة محكمة وسنة متبعة (٢) ، وعليه يقع عبء حماية النظام القانونى فى المجتمع ، فلا غرو أن يتمتع

(١) الطرابلسى - معين الحكام ، ص ١٣ . محمود هاشم ، القضاء ونظام الاتبات المشار اليه ص ٥٥ .

(٢) وهذا ما كتبه عمر بن الخطاب الى أبى موسى الأشعرى ، والذى يعد دستوراً عصرياً للقضاء ، ونظاماً أساسياً له « فان القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، قافهم اذا أدلى اليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له

القائمون عليه بهذه المكانة الرفيعة السامية ، وأن يتم اختيارهم من بين أكثر الناس علما وأقدرهم على استنباط الأحكام وإخراجها من قواعدها العامة . وأن يستحوذ القضاة على اهتمام المشرع ، بهم وبشؤونهم ، الذى يخصهم بضمانات عديدة ، وحقوق كثيرة ، يضمن بها حماية وظيفة القضاء ذاتها ، ضمانا لأدائها أداء حسنا .

وفى دراستنا هذه نخصص المبحث الأول لكيفية اختيار القضاة ،
بينما نخصص الثانى لضماناتهم وحقوقهم .

واس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلىسك . حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا يياس ضعيف من عدلك ، البيئة على من ادعى واليهين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا ، ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعته اليوم فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، أن ترجع الى الحق فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمسددى فى الباطل . . واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بيئة ، أمدا ينتهى اليه ، فإن أحضر بينته ، أخذت له بحقه ، والا وجهت القضاء عليه ، فإن ذلك أبلغ للضرر وأجلى للفضة ، المسلمون عدول بعضهم على بعض ، الا مجلودا فى حد أو مجريا عليه فى شهادة زور ، أو ظنينا فى ولاء أو نسب . . وإياك والتلق والفجر والتاذى بالخصوم والتكر عند الخصومات ، فإن الحق فى مواطن الحق ، يعظم به الأجر ، ويحسن به الذكر . . انظر الرسالة كاملة فى المبسوط - المشار اليه ص ٦٠ ، وتبيين الحقائق فى شرح كنز الدقائق للزيملى ح ٤ ص ١٧٥ . والقضاء فى الاسلام لعطية مشرفة ص ٩٦ - ٩٧ وانظر فى أصل القضاء - المغنى والمشرح الكبير لابن قدامة - النار بسنة ١٣٤٨ هـ ج ١١ ص ٣٧٥ وما بعدها وانظر الطبعة الثالثة سنة ١٣٦٧ ج ٩ ص ٣٤ من المغنى لابن قدامة .

المبحث الأول

اختيار القاضى

١١١ - تمهيد :

ان حسن ادارة العدالة ، وإداء القضاء لوظيفته ، يتوقف دون شك على حسن اختيار القضاة الذين يتولونها . اذ ان اداء وظيفة القضاء اداء حسنا يتوقف على نزاهة القضاة ، فان تحققت هذه النزاهة كانت أحكام القضاء موضعاً للثقة والاحترام . « والنزاهة فضيلة خلقية تتحلى بها النفوس الصالحة عند وزنها للمصالح المتعارضة ، وليس أحوج من القضاء الى النزاهة ، وهو ميزان العدالة القانونية فى الحياة الاجتماعية » ويتوقف تحقيق هذه النزاهة على حسن اختيار القضاة وتحرى الخلق فيهم ، وصونهم من التدخل فى شئونهم وغير ذلك .

ولذلك فان اختيار القضاة كان وما يزال من المسائل التى يختلف بشأنها الفقهاء والمشرعون ، فى محاولة للوصول الى نظام أفضل لاختيار القضاة . ويدور هذا الاختلاف حول نظامين ، نظام الانتخاب ونظام التعيين ، ونستعرض - فى عجلة - هذين النظامين لننتهى الى النظام الذى يعتنقه المشرع المصرى .

المطلب الأول

اختيار القضاة بالانتخاب

١١٢ - مقتضى هذا النظام أن يتم اختيار القضاة بالانتخاب العام Election المباشر أو غير المباشر . وذلك انطلاقاً من أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة ، تباشرها المحاكم باسم الشعب ، ولما كان الشعب أو الأمة هو مصدر كل السلطات فى الدولة ، فيجب أن يتولى الشعب بنفسه سلطة القضاء ، أو يقوم باختيار من يتولونها نيابة عنه . وعلى ذلك فلا يجب ترك أمر تعيين القضاة للسلطة التنفيذية ، اعملاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، وضماناً لاستقلال القضاء عن الوظيفة التنفيذية .

وبهذا النظام أخذت بعض الدول المعاصرة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا السوفيتية وبعض المقاطعات السوفيمرية (٣) .

وهذا النظام وإن كان يتفق والأصول الديمقراطية ، نظرا لاتفاقه مع مبدأ الفصل بين السلطات ، وإن الشعب مصدر كل السلطات ، فضلا عن تفريجه الصلة بين القاضى وشعبه (٤) ، فقد كان مثارا للهجوم عليه من جانب الفقهاء ، والذين رأوا فيه نظاما لا يتفق وطبيعة الوظيفة القضائية لانه وإن كان يحقق استقلال القضاة عن السلطة التنفيذية ، فهو لا يحقق على وجه اليقين استقلاله عن هيئة الناخبين ، مما قد يؤدي الى عدم ضمان حياد القاضى وعدالته فى مباشرة وظيفته ، فقد يقع تحت تأثير من انتخبوه ، عاملا على ارضائهم ، وفاء لهم ، وضمانا لاعادة انتخابه . كما أن الانتخاب لا يأتى فى الغالب بأصحاب الكفايات العلمية المؤهلين لتولى منصب القضاء ، وإنما يأتى بالشخصيات العامة الأكثر شعبية ، فضلا عن أن هناك اعتبارات كثيرة تتدخل فى عمليات الانتخاب قد لا يكون من بينها اعتبارات الكفاية والصلاحية ، وإنما يجرى على أساس الانتماء الحزبى والميول السياسية وغير ذلك من الاعتبارات لتتدخل فى هذه العملية فضلا عن أن وظيفة القضاء ذاتها تتنافى مع فكرة التناوب التى يقوم عليها الانتخاب ، إذ أن شغل منصب القضاء لا بد وأن يكون لمدة غير محددة بثلاث أو خمس سنوات ، وإنما يجب استمرارها حتى يكتسب فيها القاضى الخبرة والدراية التى تمكنه من تحقيق العدل ، وهذه الخبرة لا تكتسب الا من خلال الممارسة الطويلة لمنصب القضاء .

(٣) انظر كامل ليلة - النظم السياسية - الدولة والحكومة ١٩٧١ ص ٥٨٤ وما بعدها وانظر فى هذا فؤاد العطار ص ٢٤١ . فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى ص ١٩٢ وما أشار اليه رسائل لرونجان وفونتين
Rontin Maurice : l'élection des juges, Thèse paris 1908 Fontaine Maxime : Du rectement des juges. Thèse Paris 1905.
ونفتحى والى - قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفيتى ص ٣٥ وما بعدها
بند ٢٥ .

(٤) أنظر فى نقد نظام اختيار القضاة بالانتخاب فتحى والى ص ١٩٣ .
محمد حامد فهمى ص ٢٧ بند ٢٨ - مصطفى كامل كيرة - ص ١٤٢ . أحمد أبو الوفا - المرافعات ص ١٢٨ رمزى سيف - ص ٤١ وما بعدها ابراهيم نجيب سعد - ص ٢٤٨ سنسوليس وبيرو ج ص ٦٣١ بلد ٧٢٠ موريل
ص ١٢٢ - ١٢٣ .

المطلب الثانى

اختيار القضاة بالتعيين

١١٣ - نظرا لما يشوب نظام اختيار القضاة بالانتخاب من عيوب ، فقد أخذت الغالبية العظمى من الدول ، ومنها مصر وإيطاليا وفرنسا بنظام آخر مؤداه أن تتولى السلطة التنفيذية بنفسها اختيار القضاة وتعيينهم فى منصب القضاء ، وذلك استنادا الى أن القضاء قد غدا وظيفة عامة تتولاها الدولة عن طريق المحاكم ، فيكون من الطبيعى - والأمر كذلك - أن تتولى الحكومة تعيين من يتولى الوظائف العامة ، ومنها الوظيفة القضائية والتي تمثل مرفقا من مرافق الدولة (٥) . ولا شك أن الدولة ، فى اختيارها للقضاة ، ستكون أقدر من الشعب على التعرف على الكفايات المطلوبة فيمن يتولى هذا المنصب .

وقد يقال أن هذا النظام يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات لأنه يسمح للسلطة التنفيذية بالتدخل فى شئون السلطة القضائية ، الا أنه سرعان ما يتبدد هذا القول . إذا علمنا أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه فى أى نظام من الأنظمة ، فالفصل ليس تاما بين سلطات الدولة ، وإنما لابد من التعاون المثمر بينهم (٦) حفاظا على ضمان استمرار سير العمل فى الدولة . فالبرلمان يراقب السلطة التنفيذية وله حق سحب الثقة بالحكومة أو أحد أعضائها ، وتقديم أسئلة واستجوابات للحكومة ، كما أن الحكومة تملك فى المقابل ، حق حل المجلس النيابى . كما أن القضاء يراقب أعمال الحكومة الادارية ، ومدى دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان ، ويكون بالتالى من حق الادارة تعيين رجال القضاء .

(٥) أنظر سوليس وبيرى - ج ١ ص ٦٣٢ بند ٦٢١ . فتحى والى - الوسيط ص ١٩٣ إبراهيم سعد - ص ٢٤٩ - ٢٥٠
(٦) أنظر محمد عبد الخالق ممر - قانون المرافعات - ١٩٧٩ ص ٨٤ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى ، فلا خوف من قيام الحكومة بتعيين رجال القضاء ، طالما كان ذلك يتم بالأوضاع والشروط التى يحددها القانون فيمن يعين قاضيا ، اذ لا يجوز للحكومة أن تخالف هذه الأوضاع أو تلك الشروط عند التعيين فى منصب القضاء (٧) . فضلا عن أن المشرع دائما يحوط القضاة بضمانات عديدة تكفل استقلالهم تجاه الحكومة وتجعلهم بمنأى عن تأثيرها .

ولكل ما تقدم فإن التعيين من جانب الحكومة هو النظام الأفضل لاختيار القضاة ، لأنه يحافظ على استقلال القضاة تجاه الشعب ، وتجاه الحكومة معا ، فضلا عن أنه يحقق لنا ضمان اختيار القضاة من أشخاص مؤهلين لشغل هذا المنصب كفاية وعلمًا وخلقا . ولهذا وجدنا أنه النظام الذى اتبع فى الدولة الاسلامية . فقد كانت مطلقة القضاء يتولاها الخليفة ، فالخلافة نيابة عن صاحب الشرع فى الدعوة الى الدين والمحافظة عليه وسياسة أمور الناس به ، ومن مستلزمات أمور الخلافة أن تكون للخليفة سلطة القضاء (٨) . وكان النبى صلى الله عليه وسلم أول قاض فى الاسلام ، تولاه بنفسه ، ثم عهد به - مع انتشار الدعوة الاسلامية - الى غيره من صحابته ضمن توليتهم الشئون العامة . فقد استعمل النبى عتاب ابن أسيد على أهل مكة عند فتحها . وكان النبى اذا خرج من المدينة الى الجهاد يستعمل عليها من يرضاه ممن بقوا فيها . الا أن الثابت من الآثار المتضافرة أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يفصل ولاية القضاء عن ولاية الشئون العامة ، بحيث يجعلها لاحد على استقلال (٩) .

(٧) حيث أن الشروط الواجب توافرها فيمن يلى إحدى الوظائف القضائية ليس لجهة الإدارة حيالها سلطة تقديرية (نقض ١٩٨١/٤ - ٣٢ - ٦ - ص ٢٢٢) .

(٨) انظر تفصيلا ، مؤلفنا فى النظام القضائى الاسلامى - دار الفكر العربى ، ١٩٨٤ ، ص ١٦٧ وما بعدها .

(٩) انظر فى تفاصيل ذلك كتابنا - النظام القضائى الاسلامى ، ص

ولما توفى الرسول عليه الصلاة والسلام وبدأ عهد الصحابة بخلافة
أبى بكر الصديق ، تولى بنفسه سلطة القضاء ، وعهد بها الى غيره ،
ولكنه لم يجعلها لأحد ولاية عامة بمفردها متبعا فى ذلك سنة رسول
الله صلى الله عليه وسلم (١٠) .

وبدا فصل ولاية القضاء عن ولاية الادارة او الشئون العامة فى
عهد الخليفة عمر بن الخطاب نتيجة اتساع الدولة الاسلامية وتشعب
أعمال الولاة والذى حال بينهم وبين التفرغ للقضاء . وأصبح للقضاء
فى عهد عمر بن الخطاب ولاه يزاولونه ولا يزاولون غيره من أعمال
الحكم أو الادارة . وجعل من ولاية القضاء ولاية عامة مستقلة . وكان
عمر بذلك أول من عين القضاة فى الأمصار الاسلامية ، اما مباشرة كما
فعل بالنسبة لشریح بالكوفة ، وأبا الدرداء ثم يزيد بالمدينة ، وأما من
الوالى بتفويض من الخليفة عمر كما حدث بالنسبة لعثمان بن قيس بن
أبى العاص الذى عينه عمرو بن العاص والى مصر قاضيا بها ، كما تولى
عبد الله بن قيس المعروف بأبى موسى الأشعري قضاء البصرة (١١) .

المطلب الثالث

اختيار القضاة فى نظامنا

١١٤ - أخذ المشرع المصرى بالتعيين نظاما لاختيار القضاة من جانب
السلطة التنفيذية ، حسبما تأخذ به الانظمة القانونية المعاصرة ، والنظام
الاسلامى . وقد تكفل المشرع بوضع ضوابط ، وشروط يجب توافرها
فيمن يتولى منصب القضاء فى الدولة . والتي لا تستطيع السلطة التنفيذية
الخروج عليها أو تخطيها (١٢) . ويمكن تقسيم هذه الشروط (١٣) الى

(١٠) محمود هاشم ، النظام القضائى الاسلامى ، ص ٦٣ . وانظر
مقدمة ابن خلدون ، سنة ١٣٢٠ هـ ص ٢١٠ .

(١١) انظر محمود هاشم ، النظام القضائى الاسلامى ص ٦٤ - ٧١ .

(١٢) اذ لا تملك جهة الادارة حيال هذه الشروط سلطة تقديرية (نقض

١٦٨١/٤/٢٨) ص ٣٢ - ٦ - ٣٣ .

(١٣) وكان يشترط فمين يعين قاضيا فى الاسلام ، شروطا كثيرة ، لأن
القضاء من المراتب العظيمة الاهمية التى لها مساس بحرية الأشخاص

شروط عامة يجب توافرها بالنسبة لجميع القضاة ، وشروط خاصة تختلف باختلاف الدرجة المطلوب التعيين عليها :

١١٥ - أولا : الشروط العامة لتولى منصب القضاء :

١ - شروط الجنسية :

يجب أن يكون الشخص المطلوب تعيينه قاضيا متمتعا بجنسية جمهورية مصر العربية ، فلا يجوز تعيين الأجنبي فى منصب القضاء الوطنى وحكمة ذلك أن القضاء وظيفة عامة تقوم بها الدولة ، ويمثل القضاء مظهرا من مظاهر سيادة الدولة ، فلا يجوز لذلك تولى الوظائف العامة الا بالنسبة للمصريين ، فالوظائف العامة حق للمواطنين « م ١٤ دستور » . على أن هذه الوظيفة ليست قاصرة على المصريين الاصلاء ، فيمكن أن يعين قاضيا المتجنس بالجنسية المصرية بعد مضي المدة التى يحددها قانون الجنسية الجديد رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المواد رقم ٣ ، ٤ ، ٦ و ٧ منه ، اذ أن المكتسب جنسية الدولة يصبح من عداد مواطنيها ، فتثبت له الصفة الوطنية بعد أن كان أجنبيا .

-

وبأوامهم ، وهى ان يكون حرا (لأن العبد لا يملك الولاية على نفسه فلا يملكها على غيره) وان يكون عاقلا (حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا عن السهو والقفلة) ، وأن يكون بالغا (لأن غير البالغ لا يؤخذ بقوله على نفسه فلا يؤخذ به على غيره) ، وأن يكون مسلما لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (الآية ١٤١ من سورة النساء) ، فلا يجوز لغير المسلم بالإجهاج القضاء بين المسلمين ، وان كان يجوز لغير المسلم تقليد القضاء بالنسبة لأهل دينه » ، وأن يكون عادلا بأن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة . . عفيفا عن المحارم ، متوقيا المآثم ، بعيدا عن الريب ، مأمونا فى الرضا والغضب وأن يكون سليم السمع والبصر ، عالما بالأحكام الشرعية غير محدود فى تذف ، وأن يكون عارفا بأسرار التشريع مجتهدا غير مقلدا غيره فى تفسير أو تأويل (راجع عطية مشرفة ص ١٥٨ - ١٥٩ ، الأحكام السلطانية للواردي سنة ١٣٢٧ هـ ص ٥٣ - ٥٤ . محمود هاشم ، النظام القضائى الاسلامى ، ص ١٧٦ وما بعدها .

٢ - كمال الأهلية المدنية :

يجب أن يكون الشخص المطلوب تعيينه قاضيا كامل الأهلية المدنية ،
أذا لا يجوز تعيين ناقص الأهلية فى وظيفة القضاء ، أذا أن ناقص الأهلية
لا يؤخذ بقوله على نفسه فلا يؤخذ به على غيره . ويجب فضلا عن كمال
الأهلية أن يكون محمود السيرة حسن السمعة ، غير محكوم عليه من محكمة
أو مجلس تأديب لأمر مغل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره ، حتى
يكون تطبيقه للقانون محسلا لاحترام الجميع وثقتهم فى عدالته
واستقامته .

٣ - إجازة الحقوق :

يشترط فيمن يعين قاضيا أن يكون حاصلا على إجازة الحقوق
(ليسانس الحقوق) من إحدى كليات الحقوق بالجامعات المصرية ،
أو على شهادة أجنبية معادلة لها ، وأن ينجح فى الحالة الأخيرة فى
امتحان المعادلة طبقا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك .

ولم يتطلب المشرع المصرى فيمن يتولى منصب القضاء أكثر من
الحصول على ليسانس الحقوق ، بعكس المشرع الفرنسى الذى يتطلب فيما
يعين قاضيا أن يكون من بين خريجي المركز الوطنى للدراسات
القضائية *Centre national d'études judiciaires*
الذى أنشئ فى سنة ١٩٥٨ ، الذى حلت محله المدرسة الوطنية للقضاء
Ecole national de la magistrature فى سنة ١٩٧٠ (١٤) .

١١٦ - ثانيا : الشروط الخاصة :

فضلا عن الشروط المتقدم ذكرها فانه يجب توافر شروط أخرى
فيمن يعين قاضيا ، وتختلف هذه الشروط الأخيرة باختلاف الدرجة المراد
التعيين عليها وهى :

(١٤) انظر فى تفاصيل هذا النظام سوليس وبيرو - ج ١ بند ٧٣٦
وما بعدها ص ٦٤٠ وما بعدها . فنسان - طبعة سنة ١٩٧٨ بند ١٥٢ وما
بعدها ص ١٧٨ - ١٨٧ . كوشيز جيرارد بند ١١٤ ص ٦٨ . جولى أندريه
- ١٩٦٦ ج ١ ص ٤٨ بند ٥٧ . أبراهيم نجيب ص ٢٥١ هامش (٣) .
قتضى والى - قانون القضاء الدنى ١٩٧٢ ص ٣٢٢ هامش (١) . مصطفى
كبيرة - قانون المرافعات الليبى سنة ١٩٧٠ ص ١٤٤ .

١ - المن :

لا يكفى كمال الأهلية المدنية للتعيين فى وظائف القضاء ، وإنما يجب ألا يقل من الشخص المراد تعيينه عن ثلاثين عاما فى المحاكم الابتدائية ، وعن ثمان وثلاثين عاما فى محاكم الاستئناف ، وعن ثلاث وأربعين عاما بالنسبة لمحكمة النقض .

٢ - الخبرة القانونية :

لم يشأ المشرع المصرى أن يتولى وظيفة القضاء لحاملى ليسانس الحقوق فور تخرجهم ، وإنما استلزم أن يكون الشخص قد مارس عملا قانونيا مدة معينة قبل اشتغاله بالقضاء ، حتى يكون قد اكتسب خبرة ودراية فى فهم قواعد القانون خلال هذه المدة ، الأمر الذى يسهل عليه القيام بوظيفة القضاء بعد ذلك . وعليه فلا يعين فى وظيفة قاضى إلا من سبق له الاشتغال بعمل من الأعمال القضائية أو القانونية فى جهة من الجهات كالنيابة العامة أو إدارة قضايا الحكومة أو التدريس بكليات الحقوق ، أو الاشتغال بالمحاماة أو بأى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيرا للعمل القضائى . وكان طبيعيا والأمر كذلك أن تختلف مدة الخبرة المطلوبة باختلاف الدرجات القضائية (١٥) .

١١٧ - ويكون شغل وظائف القضاء - متى تم توافر الشروط السابقة - بالتعيين أو الترقية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة أو أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى وذلك على التفصيل الذى تبينه المادة ٤٤ من قانون السلطة القضائية . على أنه لا يجوز عند التعيين فى وظيفة قاض بالمحاكم الابتدائية أن تقل نسبة التعيين من المحامين المشتغلين بالمهنة عن الربع ، ولا تقل عن العشر عند التعيين فى وظيفة رئيس المحكمة الابتدائية أو مستشار بمحاكم الاستئناف (م ٤٧) .

(١٥) انظر المواد ٣٩ - ٤٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦

لسنة ١٩٧٢ .

١١٨ - ويعد أن استعرضنا الشروط المتطلبة قانونا فيمن يتولى منصب القضاء ، يتضح أن المشرع لم يشترط أن يكون القاضى رجلا ، فهو بذلك لم يمنع المرأة من تولي منصب القضاء ، وذلك انطلاقا من مبدأ مساواة المرأة بالرجل فى الحقوق والواجبات . ولهذا فليس هناك ما يمنع من تولي المرأة منصب القضاء ، خاصة بعد أن استقر الفقه الحديث على أن القضاء وظيفة عامة ، وتقلدها حق للمواطنين دون تمييز بينهم (المواد ١١ ، ١٤ ، ٤٠ من الدستور المصرى) وتقلد المرأة عندنا الوظائف العامة وتتدرج فيها حتى وصلت الى منصب الوزارة والتمثيل النيابى ، كما أنها تشغل بالمحاماة وتباشر حقوقها السياسية ، مثلها فى ذلك مثل الرجل سواء بسواء . وعلى ذلك فإن التقليد الذى تنتهجه وزارة العدل فى عدم تعيين المرأة فى منصب القضاء ، لا يستند الى أساس من القانون فضلا عن مخالفته لكل الأصول الدستورية فى بلادنا (١٦) ، وإن كان يستند الى مبررات عملية . خاصة وأن الأمر مختلف عليه فى الفقه الاسلامى ، حيث يذهب جمهور الفقهاء الى عدم جواز قضاء المرأة ، وإن قلدت أثم مقلدها ، وبطلت ولايتها ، ولا تنفذ أحكامها ولو وافقت الحق . وذهب رأى آخر الى جواز قضاء المرأة باطلاق . أما الامام أبو حنيفة فقد أجاز قضاء المرأة مع أثم مقلدها ، فيما تصلح فيه شهادتها ، أى فى الأقوال ، ولم يجزه فى الحدود والقصاص (١٧) .

(١٦) انظر فى ذلك رمزى سيف - المرجع السابق ص ٤٤ . فتوى والى - قانون القضاء المدنى ص ٣٢٠ - الوسيط ص ١٩٤ بند ١٠٦ .
ابراهيم سعد . ص ٢٥٠ - ٢٥١ عبد الباسط جيمعى مبادئ سنة ١٩٨٠ ص ٢٠٦ .

(١٧) انظر تفصيلا ، محمود هاشم ، النظام القضائى الاسلامى ص ١٨١ - ١٨٩ .

المبحث الثانى

ضمانات القضاة

١١٩ - تمهيد :

لما كان المشرع المصرى يأخذ بنظام تعيين القضاة من جانب السلطة التنفيذية . فكان عليه أن يوجد ضوابط وضمانات تحقق استقلال القضاة ضمانا لحيدتهم فى اتخاذ القرار ، وبالفعل نصت المادة ١٦٦ من دستورنا الحالى على أن « القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لاية سلطة التدخل فى القضايا وشئون العدالة . على أن المشرع لم يكتف بوضع ضمانات تحقق استقلال القضاة من التدخل فى شئونهم ، وفى وظيفتهم من جانب السلطة التنفيذية ، وإنما وضع ضمانات أخرى تؤكد نزاهة القاضى وحياده واستقلاله فى اتخاذ القرار ، وابعاده عن مواطن التأثير سواء كان ذلك من القاضى ذاته لعواطفه ومشاعره ، أو من الخصوم أنفسهم .

ونود أن نؤكد أن هذه الضمانات لم تتقرر لحماية القاضى فى ذاته ، وإنما تقررت حماية لاستقلاله فى وظيفته ، ضمانا لحيدته فى ابداء رأيه حتى يصدر قضاء عادلا يشيع الطمأنينة فى نفوس المتقاضين ، ويحمى حقوقهم (١٨) .

ينقسم هذا المبحث لذلك الى مطالب ثلاثة ، نبين فى الأول ضمانات القضاة تجاه الحكومة ، أما فى الثانى فنبين ضمانات القضاة تجاه أنفسهم ، وفى المطلب الثالث نتناول ضمانات القضاة تجاه الخصوم .

(١٨) أحمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ ص ٥٥ بند ٤٧ . فتحى والى - الوسيط - ص ١٩٧ . إبراهيم سعد ص ٢٦٣ . عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات سنة ١٩٥٠ ص ١٣٦ بند ٨٤ . محمد عبد الخالق ممر - النظام القضائى المحدث - ١٩٧٦ ص ٢٧ . عبد الباسط جيمى - مبادئ المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ٢٠٩ . موريك بند ١٣٧ ص ١٣٣ . فنسيان ص ١٩٠ بند ١٥٩

المطلب الاول

ضمانات استقلال القضاة تجاه الحكومة

١٢٠ - تحديد :

حرصا من المشرع على ضمان استقلال القضاة وضمان عدم تدخل السلطة التنفيذية فى شؤونهم بغير موجب من القانون قرر الضمانات التالية :

١٢١ - ١ - عدم القابلية للعزل : *inamovibilité*

ومقتضى ذلك أنه لا يجوز فصل القاضى أو وقفه عن عمله أو إحالته الى المعاش فى غير الأحوال التى يقرها القانون ، الا بإرادته الحرة ، وبالتالي فلا يجوز للحكومة أن تعزل القضاة (١٩) . وقد نصت المادة ١٦٨ من الدستور المصرى هذا المبدأ بقولها « القضاة غير قابلين للعزل » ، وكذلك المادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية الجديد بقولها : « رجال القضاء والنيابة العامة عدا معاونى النيابة - غير قابلين للعزل » . من هذا يتبين لنا أن جميع القضاة بالحاكم يتمتعون بهذه الضمانة الهامة وكذلك أعضاء النيابة العامة عدا معاونى النيابة (٢٠) .

وتنص على هذا المبدأ معظم الدساتير العالمية الأخرى مثل المادة ١٠٧ من الدستور الايطالى والمادة ٦٤ من الدستور الفرنسى الصادر فى ٤ أكتوبر ١٩٦٨ . وكذلك المادة (٢) من نظام القضاء السعودى (٢١) .

وعدم القابلية للعزل لا تعنى أن يظل القاضى فى وظيفته طوال حياته ، بمنأى من العزل ، حتى ولو أتى تصرفات لا تتفق ومقتضيات

(١٩) سوليس وبيرو المرجع السابق ص ٦٦٢ ، فنسان - ص ١٩٠ -
بند ١٥٩ . كورنى وفوييه ص ٢٤٢ موريل ص ١٣٣ .
(٢٠) معلة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ .
(٢١) انظر فنسان المرجع السابق ص ١٧٤ بند ٦٦٠ ، سوليس وبيرو
- المرجع السابق جزء أول ص ١٨٥ .

وظيفته (٢٢) . وذلك لأنه يجب إحالة القاضي الى المعاش عند بلوغه سن الستين ميلادية ، فضلا عن امكن استقالته قبل ذلك وامكان احواله الى المعاش اذا تبين عجزه لأسباب صحية - عن القيام بواجبات وظيفته على الوجه اللائق (م ٩١ س ق) وامكان احواله الى المعاش أو نقله الى وظيفة غير قضائية بأن تقرر عدم صلاحيته لغير الأسباب الصحية لولاية القضاء (م ١١١ س ق) (٢٣) . وأخيرا امكان إحالة القاضي الى المعاش أو نقله لوظيفة أخرى غير قضائية وذلك بالنسبة لرؤساء المحاكم الابتدائية وقضااتها اذا ما حصلوا على تقريرين بدرجة أقل من المتوسط (م ١١٢ س ق) .

ونود التنبيه الى أن إحالة القضاة الى المعاش قبل بلوغهم من الستين ميلادية فى حالة المرض يكون من اختصاص رئيس الجمهورية بناء على طلب وزير العدل ويعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٩١ س ق) أما الاحالة الى المعاش لغير الأسباب الصحية فيكون من اختصاص مجلس تأديب القضاة المنصوص عليه فى المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية .

كما تجدر الإشارة الى أن امكان عزل القضاة قبل بلوغهم من الستين ميلادية لا يعد خروجاً على مبدأ عدم قابلية للعزل ، لأنه كما سبق بيانه فإن قرار الاحالة الى المعاش لا يصدر الا بمعرفة مجلس تأديب القضاة وموافقة مجلس القضاء الأعلى واتباع الاجراءات القانونية المقررة فى قانون السلطة القضائية ، لاتاحة الفرصة للقاضى فى الدفاع عن نفسه . كما أن تقرير الاحالة الى المعاش قبل الستين ميلادية للأسباب المنصوص عليها من شأنه أن يؤدى الى حسن سير العدالة وذلك باستئصال العناصر الغير جديرة بشغل وظيفة القضاء .

(٢٢) احمد أبو الوفا المرجع السابق ص ١٣١ بند ٤٨ ، ابراهيم سعد ص ٢٦٧ ، فتحى والى الوسيط ص ١٩٨ .

(٢٣) اذ أن ثبوت فقد القاضي لأسباب الصلاحية لولاية القضاء تؤدى الى وجوب احواله الى المعاش أو نقله الى وظيفة غير قضائية (ننص ١٦/١٢/١٩٨١ م ٣٢ - ١٦ - ٧١) .

ولقد أجمع فقهاء الاسلام على عزل القاضى اذا فقد شرطا من شروط توليته ، والا لزمته الامام الحرمة . أما اذا استمرت صلاحية القاضى ولم يفقد شرطا من شروطها ، ولم يصدر عنه بما يوجب عزله ، فهل يملك الخليفة عزله فى هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب بعضهم الى جواز ذلك بريئة او بغيرها ، ولو لم يكن فى عزله مصلحة ، اعتبارا بأن القاضى وكيل عن الخليفة . أما الجمهور فعلى عدم جواز عزل القاضى الا بمقتضى (٢٤) .

١٢٢ - ٢ - ضمانات ترقية القضاة ومراتبهم :

١ - ترقية القضاة :

ضمانا لتطبيق مبدأ عدم القابلية للعزل - حفاظا على استقلال القضاة - يضع المشرع ضوابط محددة لترقية القضاة حتى لا يترك أمر ترقيتهم لمطلق تقدير السلطة التنفيذية فتعمل على ترقية من ترضى عنهم متخطية من لا ترضى عنهم فيشعر القاضى بالظلم الذى قد يقع عليه نتيجة تخليه فى الترقية فى الوقت الذى هو مطالب برفع الظلم عن الآخرين (٢٥) .

ياخذ المشرع المصرى بنظام ترقية القضاة ودرجهم فى السلك القضائى وفق نظام محدد . فقد جعل المشرع المصرى من الاقدمية والكفاءة أساسا لترقية القضاة .

وقد اوضحت المادة ٤٩ من قانون السلطة القضائية الاحكام الخاصة بترقية القضاة وذلك على النحو التالى :

- يكون اختيار قضاة المحاكم الابتدائية بطريق الترقية من بين أعضاء النيابة العامة على أساس الاقدمية من واقع أعمالهم وتقارير التفتيش عنهم

(٢٤) انظر تفصيلا مؤلفنا فى النظام القضائى الاسلامى ، بند ٦٣

ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢٥) فتوى والى - الوسيط - قانون القضاء المدنى ص ٣٢٨ وانظر

محمد غنيد الخالق عمر قانون المرافعات ص ٢٣٦ - هامش (١) .

~ وتكون ترقية القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية من الفئتين (ب ، أ) على أساس الأقدمية مع الأهلية .

~ ومع ذلك يجوز ترقيتهم للكفاية الممتازة ولو لم يحل دورهم فى الترقية متى أمضوا فى وظائفهم سنتين على الأقل ، ويشترط الا تزيد نسبة من يرقى منهم لهذا السبب على ربع عدد الوظائف الخالية فى كل درجة خلال سنة مالية كاملة . ويكون اختيارهم بترتيب أقدميتهم فيما بينهم .

يتضح من ذلك ، أن المشرع قد أجاز تخطى بعض القضاة فى الترقية ، حتى ولو حل دورهم فيها ، اذا تبين عدم صلاحيتهم ، كما أجاز ترقية أصحاب الكفاية الممتازة حتى ولو لم يحل دورهم فى الترقية وذلك مكافأة لهم على كفايتهم ، وتشجيعا وحافزا لهم على الاستمرار فى العمل الجاد .

ويعتبر من ذوى الكفاية الممتازة القضاة والرؤساء بالمحاكم الحاصلون فى آخر تقديرين لكفايتهم على درجة كفاء أحدهما على الأقل من عمله فى القضاء ويشترط ألا تقل جميع تقديراتهم السابقة على تقدير فوق المتوسط (م ٤/٤٩) .

وفيما عدا ذلك يجرى الاختيار فى الوظائف الأخرى على أساس درجة الأهلية وعند التساوى تراعى الأقدمية (م ٥/٤٩) .

وبما أن المشرع قد أجاز تخطى بعض القضاة فى الترقية ، فإنه قد وضع ضمنا آخر للقاضى الذى تم تخطيه فى الترقية فأوجب على وزير العدل - قبل عرض مشروع الحركة القضائية على مجلس القضاء الأعلى بثلاثين يوما على الأقل - إخطار من حل دورهم فى الترقية ولم تشملهم الحركة لمسبب غير متصل بتقارير الكفاية عنهم . مع بيان بأسباب التخطى ، ويكون لمن أخطر الحق فى التظلم أمام اللجنة المختصة فى ميعاد خمسة عشر يوما من تاريخ الإخطار . فاذا كان التخطى لأسباب لا تتعلق بتقارير الكفاية تكون قرارات المجلس نهائية لا يجوز الطعن فيها (م ٧٩ من ق ، والمادة ٣ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤) .

وتكون الترقية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى (م ٤٤ س ق) .

ب - مرتبات القضاة :

وعملا على استقرار أحوال القضاة وعدم شغلهم بالتفكير فى مشاكل الحياة اليومية ، وتفرغهم لقضائهم وعملهم فقد خصهم المشرع بكادر مرتبات خاص يختلف عن الكادر العام فى مزاياه . وقد اتفق فقهاء الاسلام على وجوب تقرير الرزق للقاضى ، واشترطوا كفايته له ومن تلزمه نفقتهم . فالتوسع على القاضى من مستلزمات القضاء ، حتى يدفع عنهم العوز والحاجة والسؤال ، الامر الذى يحقق نزاهتهم والتى هى لازمة من لوازم العدل (٢٦) .

١٢٣ - ٣ - ضمانات نقل القضاة وندبهم وعارتهم :

تنص المادة ٥٢ من قانون السلطة القضائية على أنه « لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو اعارتهم الا فى الأحوال وبالكيفية المبينة بهذا القانون » مما يؤدى الى القول بأن المشرع قد وضع ضوابط محددة لنقل القضاة أو ندبهم أو اعارتهم لا تستطيع الحكومة تخطى هذه الضوابط :

١ - النقل :

يقوم نظامنا القضائى - شأنه فى ذلك شأن معظم الانظمة القضائية فى العالم - على مبدأ تعدد وانتشار المحاكم فى سائر مدن ومراكز الجمهورية ، وهذه المدن والمراكز تتفاوت فيما بينها من حيث توفر أسباب المعيشة والطقس ، ودرجة البعد عن العاصمة ، بحيث تكون هناك مدن يتطلع القضاة الى العمل فيها ، وأخرى لا يرغب القضاة فى العمل بها . وحرصا على المساواة الكاملة بين القضاة ، شاء المشرع الا يترك أمر نقل القضاة لمطلق تقدير الحكومة حتى تتخذ وسيلة للضغط على القضاة (٢٧) فوضع قواعد ثابتة لنقلهم بحيث لا يجوز مخالفتها وحتى لا يكون النقل منفذا يؤثر فى استقلال القضاة ونزاهتهم ، وهى :

-
- (٢٦) محمود هاشم - نظام القضاء ونظام الاثبات ، بند ٣٨ ، ص ٦٥ .
(٢٧) ابراهيم سعد - القانون القضائى الخاص ج ١ سنة ١٩٧٤ ص ٢٧١ - قحى والى - الوسيط ص ٢٠٠ - عبد الخالق عمر - المرافعات ص ٢٣٥ . رمزى سيف المرافعات سنة ١٩٦٩ ص ٤٩ .

- يكون نقل الرؤساء والقضاة بالمحاكم الابتدائية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ، يحدد فيه المحاكم التى يلحقون بها ، ويعتبر تاريخ النقل من تاريخ التبليغ . على أن ينقل القاضى أو الرئيس بالمحكمة اذا أمضى خمس سنوات فى محاكم القاهرة والاسكندرية والجيزة وبها ، وأربع سنوات فى محاكم بنى سويف والفيوم والمنيا وباقى محاكم الوجه البحرى ، وستين فى محاكم أسيوط وسوهاج وقنا وأسوان (م ٥٣ ، ٥٩ س ق) .

- بالنسبة الى رؤساء دوائر محكمة استئناف القاهرة ومستشاروها لا يجوز نقلهم الى محكمة أخرى الا برضايتهم وموافقة مجلس القضاء الأعلى .

- أما مستشارو محاكم الاستئناف الأخرى فيكون نقلهم الى محكمة استئناف القاهرة تبعا لأقدمية التعيين بمراعاة أن يكون النقل من محكمة استئناف قنا الى محكمة استئناف أسيوط ثم الى بنى سويف ثم الى الاسماعيلية ثم الى المنصورة ثم الى طنطا ثم الى الاسكندرية (٢٤ مستبدلة بالقانون رقم ١٩٧٦/٢ ، ثم استبدلت بالقانون ٤٤ لسنة ٨١) .

- ومع ذلك يجوز بقاء رئيس الدائرة أو المستشار فى محكمته ببناء على طلبه وموافقة مجلس القضاء الأعلى .

أما مستشارو محكمة النقض فلا ينقلون الى وظائف أخرى الا برضايتهم كما أنه يجوز نقل القضاة تاديبيا بقرار من مجلس التأديب الخاص ..

ب - الندب :

يجوز المشرع ندب القضاة للعمل فى غير محاكمهم سواء الى محكمة أعلى ، أو الى محكمة فى نفس طبقة محكمة القاضى المنتدب أو العمل مؤقتا بالنيابة العامة . وفى كل الحالات يكون الندب - بقرار من وزير العدل ولادة لا تتجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد لمدة أخرى وذلك بعقد موافقة الجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضى وموافقة مجلس القضاء الأعلى (المواد ٥٥ وما بعدها س . ق .) بمراعاة أنه لا يجوز أن تزيد

مدة ندب القاضى لغير عمله طول الوقت طبقا للمادة (٦٢) عن ثلاث سنوات متصلة (م ٦٤ س ٠ ق) .

ج - الاعازات :

أجاز المشرع أيضا إعادة القضاة للعمل لدى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية ، ويكون ذلك بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة التابع لها القاضى وموافقة مجلس القضاء الأعلى . وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد مدة الاعارة على أربع سنوات متصلة الا اذا اقتضت ذلك مصلحة قومية يقدرها رئيس الجمهورية (م ٦٥ س ق) والا يترتب على الاعارة أو الندب الاخلال بحسن سير العمل (م ٦٦ س ق) .

واذا كنا لم نجد شيئا فى كتب الفقه الاسلامى عن هذه الضمانات ، فكفى القضاة ضمانا عدالة الخلفاء وقوة الوازع الدينى لديهم الذى كان يقودهم الى العدل والحرص على استقلال القضاء والارتفاع بشأنه (٢٨) .

١٢٤ - ٤ - مجلس القضاء الأعلى :

من الضمانات الاساسية التى أعطاها المشرع للقضاة - حفاظا منه على استقلالهم ، انشا مجلسا أعلى ، منهم ولهم ليتولى الاشراف على شئون القضاء كافة . بنظر كل ما يتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب واعارة رجال القضاء والنيابة العامة (المادة ٧٧ مكرر (٢) س ق) . وهذا المجلس هو مجلس القضاء الأعلى الذى حل محل المجلس الأعلى للمهينات القضائية الذى كان قد انشئ بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ ، وذلك بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ الذى نصت مادته الاولى على اضافة فصل جديد هو الفصل الخامس مكررا من الباب الثانى بعنوان مجلس القضاء الأعلى ويشمل المواد ٧٧ مكررا (١) ، ٧٧ مكررا (٢) ، ٧٧ مكررا (٣) ، ٧٧ مكررا (٤) . ثم تولت المواد الثانية والثالثة والرابعة والخامسة استبدال وتعديل والغاء بعض نصوص قانون السلطة القضائية .

ويشكل مجلس القضاء الأعلى من رئيس محكمة النقض رئيساً وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام واثنين من أقدم نواب رئيس محكمة النقض وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى (م ٧٧ مكرراً (١) س ق) .

ويباشر مجلس القضاء الأعلى ، كافة الاختصاصات التي كان يباشرها المجلس الأعلى للهيئات القضائية ، وأهمها الاشراف على المحاكم وعلى القائمين عليها من قضاة ومستشارين والقيام على شئونهم وكذلك الاختصاصات المخولة للجنة المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية (المادة ٣ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤) .

وكان مرجع القضاة في النظام الاسلامي هو الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم ، ثم قاضى القضاة بعد ذلك في حاضرة الدولة الاسلامية .

١٢٥ - ٥ - تقرير قواعد خاصة للطعن فى القرارات المتعلقة بشئون القضاة :

ضمانا لاعطاء القضاة حرية العمل والاستقرار النفسى الذى هو ضرورة لازمة لضمان قضاء عادل ، قرر المشرع قواعد خاصة للتظلم والطعن فى القرارات المتعلقة بشئون القضاة . فمثلا أوجب المشرع احاطة القضاة علما بكل ما يودع فى ملفات خدمتهم من ملاحظات أو أوراق أخرى (م ٧٨ س ق) . وأوجب على وزير العدل أن يخطر من كان تقدير كفايته بدرجة متوسط أو أقل من المتوسط من رجال القضاء والنيابة ، بدرجة كفايته ، وقرر لهم حق التظلم من تقارير الكفاية الخاصة بهم والتي تقوم باعدادها ادارة التفتيش القضائى (٢٩) فى خلال ١٥ يوما

(٢٩) مع ملاحظة انه لا يخضع لنظام الكفاية سوى القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية وتؤلف ادارة التفتيش القضائى بوزارة العدل من مدير ووكيل يختاران من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف ومن عدد كاف من المستشارين والرؤساء بالمحاكم الابتدائية (٧٨ س ق) .

من تاريخ اخطارهم بالتقدير على أن قرار مجلس القضاء الأعلى في شأن تقدير الكفاية والتظلم منه نهائى . كما قرر لهم حق التظلم من قرارات تخطيهم في الترقية على النحو الذى سبق أن ذكرناه .

كما منح القضاء وأعضاء النيابة العامة حق طلب الغاء القرارات الادارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم ، متى كان مبنى الطلب عيبا فى الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة ، وذلك من دوائر محكمة النقض المدنية التى تختص وحدها بالغاء تلك القرارات والتعويض عنها ، وأيضا فى المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لهم أو لورثتهم (م ٨٣ س ق) (٣٠) .

وقد حدد المشرع فى المادتين ٨٤ ، ٨٥ من قانون السلطة القضائية إجراءات ومواعيد وقواعد الطعن ، أمام دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض ، والتى تعتبر أحكامها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن .

يتضح مما تقدم ، أن المنازعات المتعلقة بأى شأن من شئون القضاء تدخل فى ولاية محكمة خاصة تابعة للقضاء المدنى وهى « الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض » بالرغم من الطبيعة الادارية لهذه المنازعات مما كان يوجب رفعها الى القضاء الادارى ، وليس الى القضاء المدنى . ولكن حفاظا على استقلال جهة القضاء المدنى ، فيكون هو صاحب الولاية فى الفصل فى كل ما يخص أعضائه (٣١) .

(٣٠) أما طلبات التعويض الناشئة من الأعمال المادية فخرج عن ولاية محكمة النقض (١٩٨١/١/٣١ س ٣٢ - ٤ - س ٢٥) .

(٣١) أحمد مسلم . أصول المرافعات ص ١١٢ . إبراهيم نجيب ص ٢٧٢ - ٢٧٣ وانظر الحكم الصادر من الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض ١٩٨٣/١١/٢٩ ، س ٣٤ ، ص ٨١ فى ١٩٧٥/٦/٢٦ س ٢٦ ص ٦٨

١٢٦ - ٦ - ضمانات خاصة بمسئولية القضاة التأديبية :

لما كان القاضى موظفا عاما بالدولة فانه يلتزم بالقيام بكل ما تفرضه عليه وظيفته من واجبات والا كان محلا للمساءلة التأديبية .
ونظرا لأن القاضى بشر ، يمكن أن يرتكب خطأ اداريا فى اداء وظيفته ، الامر الذى يجعله خاضعا للمسئولية التأديبية . فكان لابد والامر كذلك ، حفاظا على استقلاله وضمانا لحيدته ، من تقرير قواعد خاصة وضمانات معينة ، تجب مراعاتها عند مساءلته تأديبيا ، حتى لا تتخذ السلطة التنفيذية من ذلك منفذا لتهديد القاضى أو التأثير عليه . فكان من الضرورى تحديد واجبات القاضى التى يؤدى الاخلال بها الى مساءلته تأديبيا ، فضلا عن تحديد ضمانات لهذه المحاكمة ، وبيان الجزاءات التى يمكن توقيعها عليه .

١٢٧ - ١ - واجبات القاضى :

نص المشرع فى قانون السلطة القضائية على الواجبات التى يلتزم بها القاضى وهى :

- أن يؤدى قبل مباشرته وظيفته يمينا بأن يحكم بين الناس بالعدل ويحترم القوانين (م ٧١ ق م ق) .

- أن يمتنع عن القيام بأى عمل تجارى أو أى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته ، ويجوز لمجلس القضاء الأعلى أن يمنع القاضى من مباشرة أى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته (م ٧٢ م ق) ، والامتناع كذلك عن الاشتغال بالعمل السياسى والترشيح لانتخابات مجلس الشعب أو الهيئات الاقليمية أو التنظيمات السياسية الا بعد استقالته (م ٧٣ م ق) ، ويتم تسوية معاش القاضى المستقيل اذا كان مستحقا له وفقا لقواعد قررتها المادة ٧٣ مكررا المضافة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧٦ .

- يلتزم القاضى بعدم افشاء اُسرار المداولات (٧٤ م ق) .

- الإقامة فى البلد الذى به مقر المحكمة التى يعمل بها وألا يتجيب عن عمله فى غير اجازة - قبل اخطار رئيس المحكمة (م ٧٦ ، ٧٧ م ق) .

- ألا يكون القاضى محكما ، ولو بغير أجر ، بدون موافقة مجلس القضاء الأعلى . الا اذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة . كما لا يجوز له أن يكون وكلا عن الخصوم فى الحضور أو المرافعة ، شفاهة أو كتابة ، أو افتاء ولو كان ذلك أمام محكمة غير تلك التى يتبعها ، وذلك باستثناء من يمثلهم قانونا وزوجته وأصوله وفروعه الى الدرجة الثانية (م ٨١ مرافعات) .

١٢٨ - ب - المسئولية التأديبية وضماناتها :

ويلاحظ أن من الأخطاء التى يرتكبها القاضى ما لا تستوجب مساعلته تأديبيا بإجراءاتها المتعددة وضماناتها الكثيرة . ويكتفى فيها بمجرد تنبيه القاضى شفاهة أو كتابة ، على النحو الذى تحدده المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية . مع اعطاء القاضى الموجه اليه التنبيه حق الاعتراض على ذلك بطلب يقدم خلال أسبوع من تاريخ تبليغه آياه الى مجلس القضاء الأعلى (٣٢) . ولكن اذا تكررت المخالفة من القاضى أو استمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا ، أو وقع من القاضى ما يعتبر اخلايا بواجبات وظيفته ، أو اذا سلك مسلكا يتنافى وكرامة القضاء فيكون محلا للمساءلة التأديبية ولكن بالضمانات الآتية :

- مجلس التأديب :

لا يحاكم القضاة تأديبيا الا أمام مجلس تأديب القضاة ، والمشكل تشكيلا خاصا وفقا للمادة (٩٨ م ق) .

- رفع الدعوى التأديبية :

لا ترفع الدعوى التأديبية الا من النائب العام بناء على طلب وزير العدل ، أو من مجلس التأديب نفسه ، حالة عدم قيام النائب العام برفع الدعوى خلال ٣٠ يوما من تاريخ الطلب (م ٩٩ م ق) .

(٣٢) وهذا لا يكون الا فى حالة ما اذا كان التنبيه كتابة ، اما فى حالة التنبيه الشفوى فلا يكون للقاضى حق الاعتراض عليه (كتابة) ، وهذا لا يضير القاضى فى شيء اذ أنه ليس مودعا فى ملفه ، والمعروف أن التنبيه لا يقع الا بعد سماع أقوال القاضى . ويملك توقيع هذه العقوبة رئيس المحكمة التى يعمل بها القاضى ، وكذلك وزير العدل بالنسبة للرؤساء والقضاة بالصالحين لا ابتدائية .

- سبق التحقيق :

لا تقام الدعوى التأديبية على القاضى الا بعد اجراء تحقيق جنائى او اذرى مع القاضى المطلوب محاكمته ، وهذا التحقيق يتولاه أحد نواب رئيس محكمة النقض أو رئيس محكمة استئناف يندبه وزير العدل بالنسبة للمستشارين ، أو مستشار من ادارة التفتيش القضائى بالنسبة الى الرؤساء أو القضاة بالمحاكم الابتدائية (م ٢/٩٩ س ق) .

- ضمانات تحقيق الدعوى :

لمجلس التأديب اتخاذ ما يراه لازما فى سبيل تحقيق الدعوى ، اما بنفسه واما بمن يندبه المجلس من أعضائه (م ١٠١) . وتكون جلسات التحقيق - على خلاف القاعدة العامة - سرية (م ١٠٦ س ق) محافظة على هيبة القاضى ، وتكون جملة النطق بالحكم أيضا سرية (م ١٠٧) . مع ملاحظة أن الدعوى التأديبية ذاتها تنقضى باستقالة القاضى أو إحالته الى المعاش (م ١٠٤ س ق) .

- العقوبات التأديبية :

رأينا أن التنبيه الكتابى يمثل عقوبة تأديبية يوقعها ، بعد سماع أقوال القاضى ، وزير العدل أو رئيس المحكمة بحسب الاحوال . أما العقوبات التأديبية التى لا يملك توقيعها الا مجلس التأديب هى اللوم والعزل من الوظيفة (م ١٠٨) . فلا يملك المجلس توقيع غيرها . ويكون حكم المجلس بايهما حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه (م ١٠٧ س ق) (٣٣) .

ويتولى وزير العدل تنفيذ الاحكام الصادرة من مجلس تأديب القضاة بأن يصدر قرارا بتنفيذ عقوبة اللوم ، لا ينشر فى الجريدة الرسمية . أو بابلاغ القاضى بالحكم الصادر بعزله فى خلال ٤٨ ساعة من صدوره ، ويستصدر قرارا جمهوريا بتنفيذ عقوبة العزل ، مع نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ، ويعتبر تاريخ العزل هو تاريخ نشر القرار (٣٤) (راجع أحكام المادتين ١٠٩ - ١١٠ س ق) .

(٣٣) ختص ١٩٨٣/١١/٨ ، س ٣٤ ، ص ٧٩ .

(٣٤) مع ملاحظة أن القاضى تروى ولاية القضاء عنه من تاريخ إبلاغه بالحكم الصادر بعزله (١٠٩) .

١٢٩ - ٧ - ضمانات خاصة بمسئولية القضاة الجنائية :

لما كان القاضى بشر ، فمن الممكن أن يقع فى الخطأ ، ويرتكب فعلا يعد - بمقتضى القانون العقابى - جريمة جنائية ، وبالتالي يسأل - شأنه شأن أى مواطن - عن فعله الاجرامى . ومنعا من احتمال اتخاذ أية اجراءات اتهام أو تحقيق تعسفا بالقضاة أو التنكيل بهم ، حتى فى حالة ارتكابهم جريمة جنائية ، فكان على المشرع - حفاظا على استقلال القضاة - أن يحيطهم بضمانات معينة فى هذا الصدد . وبالفعل نص المشرع على الضمانات الآتية :

- مجلس القضاء الأعلى يحدد المحكمة التى تحاكم القضاة :

كان المشرع قد أنشأ لجنة خاصة تشكل من رئيس محكمة النقض وأحد نوابه ورئيس محكمة استئناف القاهرة ، تتولى هذه اللجنة - بناء على طلب النائب العام - تعيين المحكمة التى يكون لها سلطة الفصل فى الجنايات والجنح التى تقع من القضاة ولو كانت غير متعلقة - بوظائفهم (٣٥) . ومن المعلوم أن مجلس القضاء الأعلى قد أصبح الآن هو المختص بمباشرة اختصاصات تلك اللجنة كافة .

- ضمانات القبض والحبس :

لا يجوز القبض على القاضى أو حبسه احتياطيا فى غير حالات التلبس الا بعد الحصول على اذن مجلس القضاء الأعلى . أما فى حالات التلبس بالجريمة فيجوز القبض على القاضى وحبسه احتياطيا قبل الحصول على الاذن المذكور ، ولكن على النائب العام رفع الأمر الى مجلس القضاء الأعلى خلال الأربع وعشرين ساعة التالية على القبض ، ولهذا المجلس الحق - بعد سماع أقوال القاضى ، ان طلب ذلك - فى تقرير استمرار الحبس أو الافراج عن القاضى بكفالة أو بدونها (م ٢/٩٦) ، وعليه ان قرر استمرار الحبس أن يحدد مدته ، وتراعى هذه الاجراءات كلما رأى استمرار حبس القاضى احتياطيا بعد انقضاء المدة الأولى . ويقف

(٣٥) وان كان المشرع لم ينشئ محكمة خاصة تتولى محاكمة القضاة جنائيا كما فعل بالنسبة لمسئوليتهم التأديبية .

القاضى - بقوة القانون - عن مباشرة وظيفته ، بمجرد حبسه بناء على حكم أو أمر ، طوال مدة الحبس المقررة . ولكن لا يترتب على الوقف حرمان القاضى من مرتبه طوال مدة وقفه الا اذا قرر مجلس التأديب حرمانه من نصف مرتبه فيها (م ٣/٩٧ من ق) .

- ضمانات التحقيق والمحاكمة :

لا يجوز اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى ، أو رفع الدعوى الجنائية عليه فى جنائية أو جنحة الا باذن مجلس القضاء الأعلى ، بناء على طلب النائب العام (م ٤/٩٦) . ويكون حبس القضاة وتنفيذ العقوبات السالبة للحرية فى أماكن مستقلة عن الأماكن المخصصة للسجناء الآخرين (م ٥/٩٦ من ق) .

وتلك الضمانات بمفهومها الحديث قد عرفت أيضا فى الفقه الاسلامى ، اذ فضلا عن المناخ العام السائد فى الدولة الاسلامية وهو قوة الوازع الدينى لدى الحكام والمحكومين على السواء يتضاهر الجميع على اقامة شرع الله وتحقيق العدل . فقد تحدث الفقهاء عن تلك الضمانات بأن تشددوا فى تحرى الدقة فى الشكاوى المقدمة ضد القضاة ، والتحقيق معهم سرا ، وأن يسأل الامام الثقات من الناس ممن لا يتهم عليهم ولا يخدع ، وليس للامام عزل من عرف بالعدالة والرضا (٣٦) .

- كفالة الاحترام الادبى للقضاة :

القاضى احوج ما يكون الى الاستقرار النفسى والمادى ، حتى يتمكن من أداء وظيفته بحيدة كاملة ، وحرية مطلقة ، ونزاهة مستقيمة . ومن هنا تظهر الحاجة الى كفالة الاحترام الادبى للقاضى ومنع التأثير عليه من أى شخص (٣٧) . وعلى ذلك حرص المشرع على معاقبة كل :

- من يخل علنا بمقام القاضى أو هيئته أو سلطته فى نظر دعوى معينة ، بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين جنيها أو باحدى هاتين العقوبتين (م ١٨٦ عقوبات) .

(٣٦) انظر معين الحكام للطرابلسى ، ص ٣٢ ، ٣٣ . ومؤلفنا فى النظام القضائى الاسلامى ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٣٧) انظر محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ٢٤٨ - ٢٥٠

- من نشر بأحدى طرق النشر المحددة فى المادة ١٧١ ع ، أمورا تؤثر فى القضاة أو أعضاء النيابة العامة أو الموظفين المكلفين بتحقيق . . وذلك بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين جنيها أو بأحدى هاتين العقوبتين (١٨٧ عقوبات) .

المطلب الثانى

ضمان حياد القاضى

١٣٠ - تقسيم :

ان القضاة بشر ، ولهم مصالحهم وعواطفهم الخاصة والتي قد يتأثرون بها فى قضائهم عندما تتعارض مصالحهم مع المصلحة المطلوب منهم حمايتها (٣٨) فكان على المشرع - ضمانا لحياد القاضى فى قضائه - أن يحدد الحالات التى يخشى معها تأثره بها ، ويمنعه من نظرها حتى لا يحكم فيها ، حماية للقاضى من تأثره بعواطفه ومصالحه الشخصية ولضمن احترام وثقة الخصوم فى قضاء القاضى (٣٩) . وبالفعل تحرص التشريعات على تحديد الحالات التى قد يتأثر بها القاضى وتمنعه من نظرها بل يترتب على قيامها ، عدم صلاحيته لنظرها ولو لم يطلب الخصوم ذلك ، وهذه الحالات هى ما يطلق عليها الفقه الايطالى عدم أهلية القاضى المطلقة لنظر الدعوى (٤٠) (*incapacità assoluta*)

وهناك حالات أخرى يكون للخصوم حق طلب رد القاضى عن نظر الدعوى وهذه ما يطلق عليها عدم الصلاحية النسبية (*incapacità relativa*) لأنها جوازية للخصوم ، لهم طلب رد القاضى ، ولهم أيضا

(٢٨) إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص - جزء أول ص ٢٧٥
(٣٩) فتحى والى - قانون القضاء المدنى سنة ١٩٧٢ ص ٣٥٢ ، أحمد أبو الوفا المرافعات ط ١٤ سنة ١٩٨٦ بند ٥٩ ، ص ٨٠ ، رهزى سيف - ص ٧١ .

(٤٠) كيوفندا - مبادئ قانون الاجراءات المدنية - نابولى سنة ١٩٦٥ ص ٥٧٢ ، كوستاسيرجو - قانون الاجراءات المدنية - تورينو سنة ١٩٧٣ ص ١٩٧ .

الا يطلبوا ذلك ، وهناك أخيرا حالات يكون للقاضي فيها من تلقاء نفسه أن يتنحى عن نظر الدعوى خشية تأثره بعاطفته أو مصالحه .

ويلاحظ أن أساس تنحية القاضي عن الحكم فى دعاوى معينة ليس هو الشك فى نزاهته أو ذمته ، لأن القاضي المشكوك فى ذمته لا يصلح أصلا لأن يتولى منصب القضاء (٤١) وإنما الأساس فى ذلك هو حماية مظهر الحيطة التى يجب أن يظهر بها القاضي أمام الخصوم والجمهور (٤٢) .

وإذا كان العدل هو أساس الحكم فى النظام الإسلامى ، وتحقيق العدل لا يتأتى إلا بنزاهة القضاة ، فمن الطبيعى أن يهتم الفقه الإسلامى بصلاحية القضاة ونزاهتهم وضمن حيديتهم ، بإبعادهم عن كل ما يؤدى إلى الاتهام أو التحيز ، فاشتروا لصحة قضاء القاضي ونفاذه شروطا يجب توافرها فى الخصوم من ناحية علاقتهم بالقاضي . فقرروا أنه يشترط فى المقيضى له ألا يكون ممن لا تقبل شهادة القاضي لهم ، وعلى ذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم لأصوله وأن علو ولا لفروعه وأن نزلو ولا لأقاربه ، كما لا يجوز له أن يقضى لموكله ، ولا لمن كانت بينه وبين القاضي مودة ، ولا لما للقاضي فيه مصلحة .

كما اشتروا فى المقيضى عليه أن يكون ممن لا تقبل شهادة القاضي عليه ، مثل أعدائه أو خصومه .

كما اشتروا ألا يحكم القاضي بعلمه ، وفضلا عن كل هذا فقد حدد فقهاء الإسلام للقضاة آدابا يجب أن يسيروا عليها ، يمكن ادخالها فى حالات رد القضاة فى الأنظمة المعاصرة (٤٣) .

(٤١) رمزى سيف - المرجع السابق ص ٧١ ، أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ٨٠ بند ٥٩ .

(٤٢) إبراهيم سعد - المرجع السابق ص ٢٧٦ ، فتحي والى - الوسيط فى تائون القضاء المدنى بند ١٠٧ ص ١٩٧ . عبد الباسط جبيعى - مبادئ المرافعة سنة ١٩٨٠ ص ٢٠٩ . وانظر موريل ص ١٣٣ وقنسان ص ١٩٠ (٤٣) انظر تفصيلا فى هذه الحالات ، مؤلفنا - القضاء ونظام الإثبات ، ص ٦٦ - ٦٨ بند ٤٠ ، والنظام القضائى الإسلامى ، ص ٢٠٧ بند ٦٨ وما بعدهما .

١٣١ - أولا : حالات عدم الصلاحية أو عدم الأهلية :

incapita assoluta, au inhabilité

يحدد المشرع فى المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية ، والمادة ١٤٩ من قانون المرافعات الحالات التى لا يكون فيها القاضى صالحا لنظر الدعوى وممنوعا من سماعها ، ولو لم يرده أحد الخصوم ، وتشترك هذه الحالات فى أنها تكون معلومة لدى القاضى ويصعب الجهل بها ، كما أنها مما تتأثر بها النفس . ولهذا فقد ألزم المشرع القاضى بالتنهى عن نظر الدعوى اذا قامت به حالة من الحالات المنصوص عليها ، والا وقع عمله باطلا ولو كان ذلك باتفاق الخصوم . وفيما يلى عرض لهذه الحالات .

١ - القرابة أو المصاهرة بين أعضاء المحكمة أو أحد أفراد الدفاع

أمامها :

تنص المادة ٧٥ من قانون السلطة القضائية على أنه لا يجوز أن يجلس فى دائرة واحدة ، قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة ، حتى الدرجة الرابعة ، كما لا يجوز أن يكون ممثل النيابة أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه تربطهم بأحد القضاة الذين ينظرون الدعوى هذه الرابطة . ولا يعتد بتوكيل المحامى الذى تربطه بالقاضى الصلة المذكورة اذا كانت لاحقة على توليه نظر الدعوى . وحكمة هذا النص ظاهرة وهى منع تحايل الخصوم بإبرام توكيل مع محام يكون قريبا للقاضى أو صهرا له للوصول الى تقرير عدم صلاحية هذا القاضى لنظر الدعوى اذا ما تم التوكيل بعد بدء القاضى نظر الدعوى بالفعل (٤٤) .

٢ - القرابة أو المصاهرة :

اذا كان القاضى قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كانت للقاضى صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه ، أو بأحد أعضاء مجلس ادارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى ، فيكون

القاضي ممنوعا من سماع الدعوى لأن من شأن هذه الرابطة مظنة أن يتأثر بها القاضي ويخرج عن حياده (٤٥) . وهناك من يذهب الى أن المصاهرة التي تعد سببا من أسباب عدم الصلاحية انما هي المصاهرة القائمة ، أما المنقضية ب وفاة أحد الزوجين أو بانحلال الزواج أو لاي سبب فلا تعد سببا من أسباب عدم الصلاحية ، ولكن هذا الرأي يتعارض مع صراحة النص الذي لم يتطلب أن تكون المصاهرة قائمة بالفعل ، بالإضافة الى أن رابطة المصاهرة تمتد بآثارها النفسية والاجتماعية رغم انقضائها (٤٦) . وتنتج هذه الرابطة أثرها حتى ولو كان القاضي قريبا أو صهرا للخصمين معا اذ قد تكون علاقته بأحدهما علاقة عطف ومودة ، وبالأخر علاقة بغض وكراهية (٤٧) .

٣ - الخصومة القائمة :

يكون القاضي غير صالح للحكم أو نظر الدعوى اذا كانت له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو زوجته . ويشترط لانتاج هذا الاثر أن تكون الخصومة قائمة بالفعل وقت رفع الدعوى التي يكون القاضي فيها ممنوعا من سماعها ، فاذا كانت قد انتهت أو رفعت بعد رفع الدعوى فلا تعتبر سببا من أسباب عدم الصلاحية ، وان كانت تعتبر سببا للرد ، وذلك منعا لتحاليل الخصوم لمنع القاضي من نظر الدعوى ، وذلك بإثارة خصومة معه أو مع زوجته (٤٨) .

-
- (٤٥) أنظر فنسان بند ١٦٨ ص ١٨١ ، سوليس وبيرو - جزء ١ بند ٧٩٠ ص ٦٧٢ .
- (٤٦) أنظر عرض هذا الرأي ونقده . في عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ٣٥٢ - ٣٥٣ .
- (٤٧) عبد الباسط جيمعي - نظرية الاختصاص سنة ١٩٧٦ ص ٢٢١ ، محمد وعبد الوهاب العشماوي المرجع السابق ص ١٤٧ .
- (٤٨) رمزي سيف - المرجع السابق ص ٧٤ ، محمد وعبد الوهاب العشماوي ص ١٤٩ . علما بأن الخصومة في هذا الخصوص انما هي الاجراءات القضائية في أي من مراحل التقاضي . وبالرغم من ذلك فان هناك من يرى أن مجرد الشكاوى المتبادلة تكون سببا لعدم صلاحية القاضي (محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات ١٩٧٨ ص ٣١٦ ومحمد عبد الوهاب العشماوي ص ١٤٨ بند ١١٣) عكس ذلك الثرقاوي وفتحى والى - المرافعات المدنية والتجارية ١٩٧٧ ص ١٦٤ . عبد الباسط جيمعي - مبادئ ص ٢٢١ هامش (١) .

٤ - الوكالة والنيابة ومظنة الوراثة :

إذا كان القاضى وكىلا لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له ، يكون غير صالح لنظر الدعوى ، خشية تآثر القاضى بعاطفته وصفته كوكيل أو وصى ويحيد عن العدالة . ويشترط لذلك أن تكون الوكالة أو القوامة أو الوصاية قائمة عند نظر الدعوى ، فإذا كانت قد انقضت قبل رفع الدعوى فلا تعتبر سببا من أسباب عدم الصلاحية (٤٩) . ويقصد بمظنة الوراثة أن يكون بين القاضى وأحد الخصوم علاقة قرابة أبعد من الدرجة الرابعة أو تربطه به سبب من أسباب الارث ولو وجد من يحجبه أو يحرمه منه ذلك لاحتمال زوال سبب الحجب أو الحرمان قبل وفاة الخصم (٥٠) أما إذا كان الارث قد تحقق بالفعل قبل رفع الدعوى فلا يكون القاضى ممنوعا من سماعها وفقا لهذه الحالة ، ومن ناحية أخرى فإن مظنة ارث أحد الخصوم للقاضى لا ترتب عدم الصلاحية (٥١) . كما أن وكالة محامى أحد الخصوم عن القاضى ليست مانعا للقاضى من نظر الدعوى (٥٢) .

٥ - وجود مصلحة فى الدعوى :

إذا كانت للقاضى أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب ، أو لمن يكون هو وكىلا عنه ، أو وصيا أو قيما عليه ، مصلحة فى الدعوى القائمة ، يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها . ويقصد بالمصلحة فى الدعوى أن يتواجد القاضى أو زوجته

(٤٩) أنظر نقض مدنى ١٠/٢٧/١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض س ١٧

ص ١٥٩٢ .

(٥٠) رمزى سيف - الاشارة السابقة ، فتحى والى - المرجع السابق

ص ٣٥٦ .

(٥١) فتحى والى - الوسيط - ص ٢١٤ - محمد عبد الخالق عمر -

ص ٢٥٥ .

(٥٢) نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق ، ونقض

١٩٨٤/٦/٧ فى الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق .

أو أحد أقاربه في مركز قانوني يتأثر بالحكم في الدعوى (٥٣) مما يرجح معه الاخلال بحيدة القاضى (٥٤) . وتترتب النتيجة السابقة حتى ولو لم يكن أحد الأشخاص المذكورين خصما في الدعوى أو طرفا فيها (٥٥) .

٦ - معرفة القاضى المسبقة للنزاع :

إذا ثبت علم القاضى بوقائع النزاع قبل رفع الدعوى يكون غير صالح لنظرها ويتحقق علم القاضى بالنزاع اما بسبق افتائه أو مرافعته فى النزاع عن أحد الخصوم فى الدعوى أو سبق الكتابة فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء ، أو سبق نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكما أو كان قد أدلى بشهادة فيها (٥٦) .

والحكمة من ذلك واضحة وهى أن الافتاء أو المرافعة أو الكتابة فى الدعوى أو الادلاء بالشهادة فيها أو سبق نظرها من جانب القاضى ، يدل دلالة واضحة على اتجاه القاضى فى الرأى ، الأمر الذى يتنافى مع ما يجب أن يكون عليه القاضى من الحيطة والحريية فى تكوين الرأى على ضوء ما يجرى أمامه من تحقيق وإدلة يقدمها الخصوم (٥٧) ويشترط لانتاج هذا الأثر هو أن يكون الافتضاء والمرافعة والكتابة والادلاء بالشهادة يجب أن يكون فى نفس الدعوى المنظورة . اما إذا كان ذلك فى دعوى مشابهة فلا يمنع ذلك من نظر الدعوى من جانب القاضى (٥٨) وعلى ذلك لا يعتبر سببا لعدم صلاحية القاضى ما يلى :

(٥٣) فتحي والى - قانون القضاء المدنى سنة ١٩٧٢ ص ٣٥٧ - الوسيط ص ٢١٤ .

(٥٤) إبراهيم سعد - القانون القضائى الخاص سنة ١٩٧٤ ص ٢٧٨ .
(٥٥) رمزى سيف - المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٩ ص ٧٤ ، فتحي والى - الاشارة السابقة .

(٥٦) نقض ١٩٨٥/١/٢٩ فى الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٠ ق - لم ينشر .
١٩٨٥/١٢/١٥ فى الطعن رقم ١٢١٤ لسنة ٥٢ ق .

(٥٧) رمزى سيف - المرجع السابق ص ٧٦ ، محمد وعبد الوهساب العشماوى المرجع السابق ص ١٥٢ . وقيام القاضى بعمل يكشف عن اعتناقه لرأى معين ، اثره ، فقد صلاحية القاضى للفصل فى الدعوى ، ووقوع حكمه فيها باطلا (نقض ١٩٨٧/٥/٥ فى الطعن ٩١ لسنة ٥٤ ق) .

(٥٨) فتحي والى - المرجع السابق ص ٣٥٧ .

- سبق نظر دعوى مستعجلة لا يمنع القاضى من نظر الدعوى الموضوعية المتعلقة بها لاختلاف الدعويين (٥٩) . وكذلك سبق اصدار حكم غيايى او حكم فى الدعوى لا يمنع من نظر المعارضة والالتماس المرفوع عنهما لأن المعارضة والالتماس تكون أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم بنص القانون . وكذلك تختص المحكمة التى تنظر الدعوى بالحكم فى الاجراءات الوقتية بها ، وعليه فاذا صدر حكم مشمول بالنفذ المعجل وحصل التظلم منه أمام محكمة الاستئناف بطلب الغاء النفذ المعجل فان ذلك لا يمنع المحكمة التى فصلت فى التظلم من الحكم فى استئناف الموضوع عند رفعه اليها (٦٠) . ومن ذلك أيضا ما أكدته المشرع بنصه على جواز ابداء التظلم من الوصف أمام المحكمة التى تنظر استئناف الموضوع (مادة ٢٩١ مرافعات) . وكذلك اذا أصدر القاضى حكما بندب خبير خلوا من رأيه فى موضوع النزاع ، فان ذلك لا يفقده صلاحيته لنظر الاستئناف المرفوع عن الحكم القطعى الصادر فى الدعوى ذاتها بهيئة أخرى (٦١) . ولكن يتوافر المنع من نظر الاستئناف اذا كان القاضى قد أصدر حكما ابتدائيا (٦٢) ولو كان غياييا ، لو رفع استئنافا عن هذا الحكم (٦٣) . ويكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى من جديد بعد احالة الدعوى من محكمة النقض بعد نقض الحكم ، اذا كان القاضى قد اشترك فى اصدار الحكم المنقوض (م ٣/٢٦٩ مرافعات) .

- سبق ابداء الراى فى مؤلف علمى أو فى بحث قانونى أو مقال صحفى لأن من شأنه الحجر على القاضى فى التأليف والكتابة والبحث .

(٥٩) انظر نقض ١٩٦٦/١٢/١٤ - مجموعة النقض س ١٧ ص ١٩٠٠
(٦٠) نقض مبنى ١٩٥٧/١/١٠ المجموعة السابقة س ٨ ص ٤٥ وكذلك اذا اشترك القاضى فى اصدار الحكم ببطالن التنفيذ لا يمنعه من نظر دعوى التعمييض الناشئة من هذا التنفيذ (راجع نقض ١٩٧٦/٦/١ المجموعة س ١٧ - ٢٣٨ ص ١٢٤٧) .

(٦١) نقض مبنى ١٩٧٩/١/١٦ فى الطعن ٥٣٣ لسنة ٤٦ قضائية .
(٦٢) نقض جنائى ١٩٤٧/١٢/٢٩ مجموعة قواعد الدائرة الجنائية
س ١٦ ص ٩٦ . نقض مبنى ١٩٨٣/٣/٢٩ س ٣٤ - ١٧٦ - ٨٥٧ .
(٦٣) نقض ١٩٧٨/١/١٧ فى الطعن ٩٢٠ س ٤٤ قضائية . نقض
١٩٨٣/٣/٢٩ س ٣٤ - ١٧٦ - ٨٥٧ .

٤ - الحكم بجواز قبول المخاصمة :

إذا رفعت على القاضى دعوى مخاصمة ، وحكم بجواز قبولها ، فإن القاضى يكون غير صالح لنظر الدعوى المرفوعة عنها المخاصمة ، وذلك من تاريخ الحكم بجواز قبولها (م ٤٩٨ مرافعات) .

٩ - رفع دعوى على طالب الرد :

إذا قام أحد الخصوم بطلب رد القاضى عن نظر الدعوى ، فقام الأخير برفع دعوى تعويض على طالب الرد ، أو قدم ضده بلاغا لجهة الاختصاص ، تزول صلاحية القاضى للحكم فى الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عن نظرها (م ١٦٥ مرافعات) (٦٤) .

- الأثر المترتب على عدم الصلاحية :

إذا تحقق سبب من الأسباب المتقدم ذكرها ، يصبح القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ، ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم . وإذا استمر القاضى رغم ذلك ، فى مباشرة وظيفته وأصدر فى الدعوى حكما أو احكاما كان عمله وقضاؤه لهذا باطلين ، ولو تم ذلك باتفاق الخصوم (م ١٤٧ مرافعات) ، اذ أن اتفاق الخصوم على رفع الدعوى أمام قاض معين مع علمهم بعدم صلاحيته لقيام سبب من أسباب عدم الصلاحية ، لا يصحح البطلان الذى تم . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه لو شاب هذا البطلان حكم من أحكام النقض ، فإن المشرع قد أجاز الطعن فيه - خلافا للقاعدة العامة - أمام دائرة أخرى من بين دوائر محكمة النقض (م ١٤٧ مرافعات) . والحكمة من ذلك أن أسباب عدم الصلاحية تتعلق بالنظام العام ، ويجوز من ثم التمسك بها فى أى حالة كانت عليها الاجراءات ولو لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت عناصرها مطروحة على محكمة الموضوع (٦٥)

(٦٤) نقض ١٩٨٣/٣/٢ ، س ٣٤ - ١٥٨ - ص ٧٤٦ مع مراعاة أن ترك اجراءات الرد تسيير فى طريقها الرسوم لا يسقط حق القاضى فى رفع دعوى التعويض ، الحكم ذاته .

(٦٥) نقض ١٩٨٥/١/٢٩ فى الطعن ٦٥ لسنة ٥٠ ق - لم ينشر بعد .

نقض ١٩٧٩/٤/١١ س ٣٠ ص ١٠١ .

ورغم اتفاق الجميع على بطلان الحكم الصادر من القاضى الذى قامت به حالة من حالات عدم الصلاحية ، فانهم قد اختلفوا حول وسيلة هذا البطلان ، هل يتم تقريره بدعوى مبتدأة ، أم عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن المقررة فحسب ؟

من الفقهاء (٦٦) من ذهب الى القول بان عدم صلاحية القاضى يعتبر عيبا جسيما يعيب الحكم ويجعله فى حكم المعدوم ، الامر الذى يمكن تقرير بطلانه بدعوى البطلان المبتدأة .

الا أن الرأى السائد فقها وقضاء (٦٧) هو أن الحكم الصادر عن قاضى غير صالح لاصداره لا يعتبر حكما معدوما ، ومن ثم فلا يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلانه ، وانما يمكن تقرير بطلانه عن طريق الطعن فيه بانوسائل التى يحددها القانون ، فاذا لم يطعن فيه يصبح باتا وحائزا لقوة الامر المقضى فيه . ونظرا لأن البطلان هنا متعلق بالنظام العام ، فهو لا يسقط أو يزول بالتعرض للموضوع .

ونفضل نحن الرأى الأخير القائل بعدم جواز رفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم الصادر من قاضى غير صالح لاصداره ، ويتم ذلك عن طريق وسائل الطعن المقررة فى هذا الشأن وذلك للأسباب الآتية :

— ان الحكم الصادر من قاضى غير صالح لاصداره ، يعد حكما نظرا لصدوره عن قاض له ولاية القضاء ، ولو كان الحكم باطلا ، فان ذلك لا ينفى عنه صفة الحكم ، ومن ثم فوسيلة تصحيح هذا الحكم هى الطعن فيه وليس غير ذلك من وسائل ، فصلاحية القاضى لاصدار الحكم لا تعتبر ركنا فيه حتى يفيد انتفائها انعدام الحكم ، وانما تعد شرطا لصحة الحكم .

(٦٦) فتوى والى - الوسيط ص ٢١٢ هامش (٣) . ويؤيده عبد الخالق

عمر - قانون المرافعات ص ٢٥١ .

(٦٧) عبد الباسط جبيلى - مبادئ ص ٢٢٤ . محمد وعبد الوهاب

المشمائى بند ١١٧ ص ١٥٣ . أحمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ بند ٦١

ص ٧٣ . محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات ص ٣٢٠ نقض جنائى

١٩٦٠/٤/٢٦ مجموعة النقض الجنائية س ١١ ص ٣٨٠ .

- ان دعوى البطلان المبتدأة بالنسبة للأحكام تعد خروجاً على الأصل العام المقرر بالنسبة لأحكام القضاء التي لا يتم بطلانها أو إبطالها إلا بالطرق المحددة ، ولا تكون دعوى البطلان المبتدأة إلا بالنسبة للعمل، الذي لا يطلق عليه قانوناً وصف الحكم . وهو الحكم المنعقد الذي يفتقد ركن من أركانه الجوهرية والاساسية . وعلى ذلك فلا يجب التوسع في تطبيق هذه الدعوى .

- ان المشرع قد أجاز الطعن في الأحكام الباطلة أو المبنية على إجراءات باطلة ، بوسائل الطعن العادية ، حتى ولو كانت صادرة بصفة انتهائية (م ٢٢١ مرافعات) .

- حرص المشرع على تنظيم طريق طعن خاص بالنسبة لحكم النقض الباطل بسبب عدم صلاحية من أصدره ، وذلك خروجاً على الأصل العام وهو عدم جواز الطعن في أحكام النقض . ولو كان المشرع قد اعتبر الحكم في هذه الحالة منعداً ، لما كان بحاجة الى استحداث مثل هذا الطريق الخاص .

١٣٢ - ثانياً : رد القضاة عن الحكم :

ينص المشرع على حالات أخرى اذا تحققت احداها ، جاز للخصم طلب رد القاضى (٦٨) وتنحيه عن الحكم فيها - واذا لم يطلب الخصم ذلك - خلافاً لأسباب عدم الصلاحية - يكون للقاضى الاستمرار فى نظر الدعوى وترتيب الحمائية القضائية المطلوبة . وحالات الرد هذه هى ما يطلق عليها الفقه الايطالى حالات عدم الصلاحية النسبية (٦٩) وقد ذكر فقهاء الاسلام كثيراً من الآداب التي يجب أن يكون عليها القاضى فى معاملته وتعامله مع الخصوم ، وهذه الآداب يمكن ادخالها فى أسباب الرد لأنها قد تؤثر فى حياده ، ومن هذه الآداب ، عدم ذهاب

(٦٨) سأتا - الإجراءات المدنية ص ١٩٨ . وانظر فنسان بند ١٦٩ ص ٢٠٠ . وهناك مشروع بتعديل قانون المرافعات ، تناول عدداً غير قليل من قواعد الرد وأحكامه ، نشين اليها فى موقعها .
(٦٩) كيوفا - مبادئ ص ٥٧٢ ، سأتا المرجع السابق ص ١٩٧ بند ١٤٤ .

القاضي الى ضيافة أحد الخصمين أو استضافته لأحدهما في منزله ، أو الاختلاء بأيهما في مجلس الحكم أو في محل آخر ، وكذلك الإشارة لأحد الخصوم باليد أو بالعين أو بالرأس أو الكلام مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر . ويعبارة أخرى كل ما من شأنه عدم التسوية بين الخصمين في الجلوس والنظر وغيره (٧٠) .

وإذا لم يطلب أحد الخصوم رد القاضي ، ولم يقم هو بالتنحي من تلقاء نفسه ، وحكم في الدعوى ، فإن هذا الحكم يكون صحيحا لا بطلان فيه (٧١) . وذلك لأن الأمر متروك للخصوم والقاضي . فليس هناك واجب قانوني على القاضي (٧٢) - كما في حالات عدم الصلاحية - في التنحي عن نظر الدعوى . وذلك لعدم وجود جزاء قانوني يترتب في حالة مخالفة قواعد الرد والحكم في الدعوى رغم قيام سبب الرد . وإنما يمكن القول بأن هناك واجب أخلاقي (٧٣) يؤدي الى تنحي القاضي عن نظر الدعوى إذا قام به سبب من أسباب الرد للابتعاد عن الشبهات .

١٣٣ - أسباب الرد :

نصت المادة ١٤٨ من قانون المرافعات على حالات الرد بقولها يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية :

١ - إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها . ويقصد بالتمائل في الدعويين أن تكون المسألة القانونية المثارة في كلا منهما واحدة ، أو أن تكون وقائع الدعويين متشابهة (٧٤) وحكمة ذلك أن القاضي بلا شك سوف يتجه في حكمه الى الاتجاه الذي يتفق مع

(٧٠) انظر محمود هاشم ، القضاء ونظام الإثبات ، ص ٦٨ .

(٧١) نقض ١٩/١٢/١٩٨٥ في الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق - سوليس

وبيرو - جزء ١ ص ٦٨٢ بند ٧٩٨ .

(٧٢) عكس هذا الرأي - فتوى والى المرجع السابق ص ٣٥٩ .

(٧٣) إبراهيم سعد - المرجع السابق ص ٢٨٠ هامش (١)

(٧٤) راجع فتوى والى - المرجع السابق ص ٣٦٠ رمزي سيف -

المرجع السابق ص ٧٧ ، أحمد أبو الوفا - المرجع السابق ص ١٥٥ .

مصلحته أو مصلحة زوجته ، وحتى تعتبر سابقة قضائية يستند إليها في دعواه (٧٥) . ويشترط أن تكون دعوى القاضى أو زوجته قائمة بالفعل أمام القضاء ، فإذا كانت قد انتهت أمامه ، فلا يعد ذلك سبباً للرد (٧٦) .

٢ - إذا جدد بعد قيام الدعوى المطروحة عليه خصومة للقاضى أو زوجته مع أحد الخصوم أو مع زوجته . ويشترط ألا يكون الخصم قد أثارها بقصد رد القاضى عن نظر دعواه . أما إذا كانت الخصومة مع القاضى أو زوجته قد رفعت قبل قيام الدعوى المطروحة على القاضى فلا تعتبر سبباً للرد وإنما تعتبر من أسباب عدم الصلاحية كما سبق بيانه .

٣ - إذا كان لمطلقة التى له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة ، على القاضى ، بقصد رده .

٤ - إذا كان أحد الخصوم خادماً للقاضى ، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته ، أو كان قد تلقى منه هدية قبل رفع الدعوى أو بعده . ويقصد بالخادم كل من تربطه بالقاضى صلة تبعية كالوكيل والكاتب والسكرتير وخلافه (٧٧) ، ويقصد باعتياد المؤاكلة تكرار المشاركة فى الطعام والشراب ولو على مائدة الغير (٧٨) . فلا يقتصر هذا المعنى على اعتياد دعوة الخصم للقاضى ، أو دعوة القاضى للخصم على الطعام فى منزلهما أو فى مكان خارجى ، أما المساكنة فيقصد

(٧٥) انظر رمزى سيف - المرجع السابق ص ٧٧ ، إبراهيم سعد - المرجع السابق ص ٢٨٢ .

(٧٦) انظر محمد عبد الخالق عمر - ص ٢٦٢ .

(٧٧) كاريه وشوقي الجزء الثالث - ص ٣٤٤ مشار إليه فى إبراهيم

سعد ص ٢٨٢ هامش (٣) .

(٧٨) فتوى والى - ص ٢١٧ . عكس ذلك محمد عبد الخالق عمر

ص ٢٦٤ . محمد كمال عبد العزيز ص ٣٢٢ وعبد الباسط جبيعى - مبادئ

ص ٢٢٦ هامش (٤) .

بها السكن المشترك . ولا تتحقق هذه المساكنة اذا كان الخصم والقاضى يسكنان معا فى مبنى واحد ولكن فى شقق منفصلة (٧٩) . وعلة ذلك ان المؤاكلة والمساكنة وتلقى الهدايا تعتبر دليل على الصداقة والمودة مما يرجح معه ميل القاضى للحكم فى صالح من يؤاكلة أو يساكنه . وقبول الهدية تعتبر سببا للرد ولو لم تتوافر فيه أركان جريمة الرشوة (٨٠) . كما لا يشترط أن تكون قد قدمت لشخص القاضى ، فيمكن تقديمها بطريق غير مباشر كان تقدم لزوجة القاضى أو أحد أبنائه (٨١) . ويشترط أن يكون القاضى قد قبلها .

هـ - اذا كان بين القاضى وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل . ولا يشترط فى العداوة أن تصل الى حد الخصومة ، كما لا يشترط فى المودة أن تصل الى حد المؤاكلة أو المساكنة (٨٢) وهذا السبب يعتبر سبب عام تدخل فيه كثير من الصور مما يصعب معه القول بأن أسباب الرد منصوص عليها على سبيل الحصر . كما أن تقدير المودة والعداوة متروك للمحكمة حسب ظروف الدعوى (٨٣) .

(٧٩) انظر فتوى والى - ص ٢١٧ محمد عبد الخالق عمر - ص ٢٦٤ (٨٠) رمزى سيف ص ٧٧ ، أحمد أبو الوفا ص ١٥٦ ، عبد النعم الشرباوى وعبد الباسط جميعى - شرح قانون المرافعات الجديد ٧٥ - ١٩٧٦ ص ١٧٣ هاشى (٥) .

(٨١) انظر محمد كمال عبد العزيز ص ٣٢٢ . محمد عبد الخالق عمر - ص ٢٦٥ . كما يرى البعض انه يشترط فى الهدية أن تكون ذا قيمة حقيقية فلا تعتبر هدايا فى هذا الخصوص تلك التى تقدم للأطفال القاضى اذا كانت تافهة القيمة (كمال عبد العزيز - ص ٣٢ - محمد عبد الخالق عمر ص ٣٦٤ - ٣٦٥ . عكس ذلك . أحمد أبو الوفا - التعليق ج ١ ص ٥٢١) .

(٨٢) رمزى سيف - المرجع السابق ص ٧٨ .

(٨٣) استئناف مصر ١٩٤٠/١٢/٨ المحاماة ٢١ - ص ٥٧٧ واستئناف مصر ١٩٣٥/٣/٢٥ المحاماة ١٦ ص ١٥٤ .

١٣٤ - إجراءات الرد :

إذا لم يتنح القاضي عن نظر الدعوى بالرغم من توافر سبب من أسباب رده ، كان لصاحب المصلحة فى تنحيته أن يطلب رده وفقاً للإجراءات والقواعد الآتية :

١ - تقرير الرد :

تبدأ خصومة الرد بتقرير بقلم المحكمة المختصة ، يوقعه الطالب بنفسه أو بوكيله المفوض فيه بتوكيل خاص ، يرفق بالتقرير (٨٤) . ويجب أن يشتمل التقرير على الأسباب التى بنى عليها الرد ، وعلى أن تكون هذه الأسباب ، بداهة ، من أسباب الرد (٨٥) . وأن يرفق بتقرير الرد ما يوجد من أوراق أو مستندات تؤيد أسبابه (م ١٥٣ مرافعات) . كما يجب بداهة تحديد اسم القاضى المطلوب رده ، فلا يجوز مثلاً أن يوجه طلب الرد إلى دائرة بأكملها دون تحديد أسماء أعضائها ، ولا أن يوجه طلب الرد إلى جميع مستشارى محكمة النقض أو بعضهم بحيث لا يبقى منهم ما يكفى للحكم فى طلب الرد أو فى موضوع الدعوى عند قبول طلب الرد (م ١٦٤ مرافعات) .

وإذا كان الرد واقعاً فى حق قاض جلس أول مرة لسماع الدعوى وكان ذلك بحضور الخصوم ، فإن الرد يجوز بمذكرة تسلّم لكاتب الجلسة ، على أن يقوم طالب الرد بتأييد طلب الرد بتقرير بقلم الكتاب فى اليوم نفسه ، أو فى اليوم التالى ، والا سقط الحق فيه (م ١٥٤ مرافعات) .

وحرصاً من المشرع على ضمان جدية طلب الرد ، أوجب المشرع على الطالب أن يودع عند التقرير مبلغاً خمسة وعشرين جنيهاً على مسبيل الكفالة (خمسة أمثال هذا المبلغ وفقاً للتعديل المقترح) . ويحكم

(٨٤) نقض ١/٢٢/١٩٨٧ فى الطعن ٧٢٨ لسنة ٥٣ ق .

(٨٥) سوليس وبيرى - المرجع السابق جزء أول ص ٦٧٦ ، انظر نص المادة ٥٢ مرافعات ايطالى ، ميكيللى المرجع السابق ص ١٦١ ، عبد المنعم الشرتاوى وعبد الباسط جيمعى المرجع السابق ص ١٧٥ .

بمصادرتها عند رفض الطلب ، أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله
أو عند التنازل عنه (م ١٥٩ مرافعات) .

٢ - ميعاد الرد :

يقدم طلب الرد قبل تقديم أى دفع فى الخصومة الأصلية والا سقط
الحق فيه ، وإذا كان القاضى المطلوب رده منتدبا فيقدم طلب الرد خلال
ثلاثة أيام من يوم ندبه إذا كان قرار النذب صادرا فى حضور الطالب ،
ومن يوم اعلانه به إذا كان قرار النذب صادرا فى غيبته (م ١٥١
مرافعات) . أما إذا كانت أسباب الرد قد حدثت بعد مضي هذه المواعيد
أو أن الطالب لم يعلم بها إلا بعد الكلام فى موضوع الدعوى الأصلية
فيجوز تقديم طلب الرد بعد ذلك . ولم يحدد المشرع ميعادا لذلك
(م ١/١٥٢) مع ملاحظة أن المشرع قد استحدث فقرة جديدة اضافها
الى المادة ١٥٢ من قانون المرافعات وذلك بالمادة الأولى من القانون رقم
٩٥ لسنة ١٩٧٦ . تقضى بسقوط حق الخصم فى طلب الرد إذا لم يحصل
التقرير به قبل أقفال باب المرافعة فى طلب رد سابق مقدم فى الدعوى
أخطر بالجلسة المحددة لنظره متى كانت أسباب الرد قائمة حتى أقفال
باب المرافعة .

هذا وقد نص مشروع تعديل قانون المرافعات على عدم قبول طلب
الرد فى جميع الأحوال بعد أقفال باب المرافعة فى الدعوى .

٣ - المحكمة المختصة بالفصل فى طلب الرد :

القاعدة - وفقا للنصوص الحالية (٨٦) - أن المحكمة التابع لها
القاضى المطلوب رده هى المختصة بالفصل فى طلب الرد ، بشرط ألا
يشترك القاضى المطلوب رده فى نظر هذا الطلب ، حتى لا يكون حكما
وخصما فى وقت واحد .

(٨٦) غير أن المشروع الجديد لتعديل قانون المرافعات ، قد نص على
إضافة فقرة جديدة الى المادة ١٤٨ ، جعل الاختصاص بنظر طلب الرد الى
محكمة الاستئناف مباشرة إذا كان المطلوب رده أحد قضاة المحكمة الجزئية أو
الابتدائية ، وإلى دائرة من دوائر محكمة الاستئناف أو النقض بحسب
المستشار المطلوب رده .

وإذا طلب رد جميع قضاة المحكمة الابتدائية أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفي للحكم ، رفع طلب الرد واجابات القضاة لمحكمة الاستئناف ، فإن قضت بقبوله أحالت الدعوى للحكم فى موضوعها على اقرب محكمة ابتدائية ، أما اذا طلب رد جميع مستشارى محكمة الاستئناف أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفي للحكم ، رفع طلب الرد الى محكمة النقض ، والتي عليها ان قضت بقبوله الحكم فى موضوع الدعوى الأصلية .

» وإذا طلب رد أحد مستشارى النقض ، حكمت فى هذا الطلب دائرة أخرى غير تلك التى يكون المستشار عضوا فيها « (٨٧) . وطبيعى أن ينص القانون على عدم جواز طلب رد جميع مستشارى محكمة النقض أو بعضهم بحيث لا يبقى من عددهم ما يكفي للحكم فى طلب الرد ، أو فى موضوع الدعوى الأصلية عند قبول طلب الرد .

نصت على هذه الأحكام المادة ١٦٤ من قانون المرافعات ،

١٣٥ - خصومة الرد :

١ - خصومة الرد :

بتقديم طالب الرد تقرير الرد على النحو المتقدم ، تنشأ خصومة طرفاها طالب الرد (مدعى) والقاضى المطلوب رده (مدعى عليه) (٨٨) الهدف منها الحصول على حكم بالزام القاضى بالتلنحى عن نظر الدعوى الأصلية المرفوعة اليه . وهى خصومة حقيقية من طبيعة قضائية (٨٩) .

(٨٧) شطبته هذه الفقرة من المادة ١٦٤ من قانون المرافعات ، فى مشروع التعديل ، لأنه لم يعد لها محل مع اضافة الفقرة المستحدثة الى المادة ١٤٨ . (٨٨) وبالتالي فان خصم طالب الرد فى الدعوى الأصلية لا يعتد خصما فى خصومة الرد . ومن ثم لا تنشأ له حقوق الخصم ، ولا واجباته فيها . (٨٩) كوستا - المرافعات ، بند ١٤٦ ، ميكيلي - المرافعات ، ص ١٦١ ، فتحى والى - الوسيط ، ص ٩١٤ ، رمزى سيف ، ص ٨٣ ، ابراهيم سعد ص ٢٨٥ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٦٧ . عكس ذلك أبو الوفا - المرافعات ، ط ١٤ ، ص ٩١ ، بند ٦٦ ، الذى يرى أن القاضى لا يعتبر طرفا فى خصومة الرد ، ومن ثم لا يجوز له الطعن فى الحكم الصادر برده ، فضلا عن أنه لا يحكم عليه بمصاريف الدعوى اذا خسرها . وكذلك ستا ص ٥١ .

وإذا كانت خصومة الرد تبدأ بتقديم تقرير الرد الى قلم كتاب المحكمة المختصة ، فانها لا تنعقد بين طرفيها ، وفقا للقانون ، الا باعلان هذا التقرير الى القاضى المطلوب رده . ونظرا لخصوصية خصومة الرد ، فان المشرع قد حدد وسيلة خاصة لانعقادها ، وهى قيام رئيس المحكمة المقدم اليها التقرير باطلاع القاضى المطلوب رده على التقرير فورا ، وارسال صورة منه الى النيابة .

وقد نصت المادة ١٥٥ على ذلك فعلا وأوجبت على كاتب المحكمة رفع تقرير الرد الى رئيس المحكمة خلال أربع وعشرين ساعة من ايداع تقرير الرد .

وإذا كان القاضى المطلوب رده منتدبا من محكمة أخرى أمر رئيس المحكمة بارسال تقرير الرد ومستنداته الى المحكمة التابع هو لها لتطلعها عليها وتتلقى جوابه عنها ثم تعيدها الى المحكمة الأولى (م ١٥٨) .

يتضح لنا أن وسيلة انعقاد خصومة الرد هى - اطلاع القاضى على تقرير الرد ، وليس اعلانه بها وفقا للقواعد العامة ، لأن خصومة الرد ، وان كانت خصومة حقيقية ، هى من نوع خاص فى موضوعها وفى اجراءاتها ، حيث أن موضوعها ليس المطالبة بحق خاص وانما هو المطالبة بتنحية قاض بسبب عدم صلاحيته النسبية ، الأمر الذى يمس القضاء ويتعلق بالتالى بمصلحة عامة ، ولذلك لا تمرى عليها أحكام ترك الخصومة وقواعده ، ولا أحكام شطب الخصومة (٩٠) .

ويترتب على تقديم طلب الرد وقف الدعوى الأصلية بقوة القانون الى أن يحكم فيه نهائيا ، فلا يجوز للقاضى المطلوب رده أن يتخذ أى اجراء فيها والا كان باطلا (٩١) . وفى حالة الاستعجال يجوز للمحكمة - بناء على طلب الخصم - ندب قاض آخر بدلا ممن طلب رده . وهذا

(٩٠) وجدى راغب - مبادئ ، ١٩٨٧ ، ص ٢٠١ ، ٢٠٢ . نقض ١٩٨٥/١/٢٩ فى الطعن رقم ٢١ لسنة ٤١ ق .
(٩١) فاذا حكم القاضى المطلوب رده فى الدعوى قبل الفصل على طلب الرد كان حكمه باطلا (نقض ١٩٨٣/٤/٢٤ ، ص ٢٤ ، من ١٠٣٧) .

الأثر الموقوف لا يترتب على تقديم طلب رد ثان بعد الحكم برفض طلب رد سابق ، أو بسقوط الحق فيه أو بعدم قبوله أو باثبات التنازل عنه إلا إذا أمرت المحكمة بوقف الدعوى بناء على طلب الخصم (٩٢) .

٢ - التنازل عن خصومة الرد :

هل يجوز التنازل عن طلب الرد بعد تقديمه ؟ ذهب البعض الى عدم جواز ذلك ، اعتبارا بان دعوى الرد شبيهة بالدعوى العمومية ، اذا رفعت تعلق بها حق القضاء وحق القاضى المطلوب رده . ويتعين لذلك السير فيها ولو قرر المدعى تنازله عنها وقبل القاضى هذا التنازل ، لأنه - فى رايهم - ليس طرفا فى الخصومة حتى يمكنه قبول التنازل ، كما أن المصلحة العامة توجب الفصل فى الدعوى صيانة للقضاء من الريبة والشبهات (٩٣) .

وكنا قد انتقدنا هذا الرأى فى الطبعة الاولى من هذا المؤلف لأسباب كثيرة (٩٤) . وأن هذا الخلاف لم يعد له محل بعد صدور القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات والذى أجاز - حصصا لكل خلاف - التنازل عن خصومة الرد ، على أن تصدر الكفالة السابق دفعها عند تقديم تقرير الرد (٩٥) . ويجوز النزول عن طلب الرد فى أية حالة كان عليها الطلب ، يستوى فى ذلك أن يكون منظورا أمام محكمة أول درجة أو لدى محكمة ثان درجة (٩٦) .

(٩٢) راجع المواد ١٦٢ ، ١٦٢ مكرر من قانون المرافعات . نقض ١٩٨٦/١٢/٣٠ فى الطعن ١٠٨٠ لسنة ٥٢ ق .
(٩٣) أحمد أبو الوفا - المرافعات ، ط ١٤ ، ص ٩٠ ، بند ٦٥ . عبد المنعم الشرباوى وعبد الباسط جميعى ، شرح قانون المرافعات الجديد ١٩٧٦ ، بند ١٢٢ ، ص ١٧٦ .

(٩٤) انظر محمود هاشم ، ج ١ ، ص ٢٤٨ بند ١٤٦ .
(٩٥) ولكن فى حالة التنازل عن خصومة الرد ، لا يجوز للمحكمة أن تنقض بالفرامة على التنازل (م ١٥٩ مرافعات) (نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ فى الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ٤١ ق) .
(٩٦) نقض ١٩٨٢/٦/٢٤ فى الطعن ١٣٩ لسنة ٤٩ ق - الحاماة ، ص ٦٥ - أبريل ١٩٨٥ ص ٧٧ ، رقم ٣٠ .

١٣٦ - الحكم فى خصومة الرد والطعن فيه :

١ - الحكم فى خصومة الرد :

بعد تقديم الخصم لطلب الرد الى قلم كتاب المحكمة المختصة على النحو المقرر ، يقوم كاتب المحكمة برفع تقرير الرد الى رئيسها خلال ٢٤ ساعة ، ويقوم الرئيس باطلاع القاضى المطلوب رده على التقرير وارسال صورة منه الى النيابة العامة (م ١٥٥ مرافعات) وعلى القاضى ان يجيب كتابة على وقائع الرد واسبابه خلال اربعة ايام من اطلاعه عليه (م ١٥٦ / ١) .

واذا كانت الاسباب تصلح قانونا للرد ولم يجب عليها القاضى المطلوب رده فى الميعاد المحدد ، أو اعترف بها فى اجابته ، أصدر رئيس المحكمة أمرا بتنحيته (٢/١٥٦ مرافعات) .

واذا لم يقر القاضى باسباب الرد ، يقوم رئيس المحكمة بتحديد الدائرة التى تتولى الفصل فى طلب الرد (٩٧) ، وذلك فى اليوم التالى لانقضاء الميعاد المضروب للقاضى للجوابه على طلب الرد ، وعلى قلم الكتاب اخطار باقى الخصوم فى الدعوى الأصلية بالجلسة المصددة لنظره وذلك بتقديم ما قد يكون لديهم من طلبات رد طبقا للمادة ٢/١٥٢ - ثم تقوم الدائرة بتحقيق الطلب فى غرفة المشورة ثم تحكم فيه بعد سماع أقوال الطالب وملاحظات القاضى عند الاقتضاء وإذا طلب ذلك ، وممثل النيابة اذا تدخلت فى الدعوى ويتلى الحكم مع اسبابه فى جلسة علنية (م ١/١٥٧ معدلة بالمادة الثانية من القانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

وفى حالة تقديم طلبات رد قبل اقفال باب المرافعة فى طلب رد سابق يقوم رئيس المحكمة باحالة هذه الطلبات الى الدائرة ذاتها المنظور

(٩٧) وقد نص مشروع تعديل قانون المرافعات بأن على رئيس المحكمة الابتدائية - ان كان القاضى المطلوب رده قاضيا بها - ارسال الأوراق الى رئيس محكمة الاستئناف المختصة ليعين الدائرة التى تتولى نظر طلب الرد والفصل فيه .

أمامها ذلك الطلب لتقضى فيها جميعا بحكم واحد ودون التقيد بأحكام المادتين ١٥٦ ، ١٥٨ ، والخاصة باخطار القاضى بالرد للاجابة عليه (م ١٥٨ مكرر المستحدثة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

ويراعى أنه عند تحقيق طلب الرد لا يجوز استجواب القاضى ولا توجيه اليمين اليه (٢/١٥٧ مرافعات) صونا لكرامته واحترامه .

وتحكم المحكمة عند رفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائة جنية (٩٨) وبمصادرة الكفالة . وإذا كان الرد مبنيا على قيام عداوة أو مودة بين القاضى والخصم ، يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل ، وحكم برفضه ، فيجوز زيادة مبلغ الغرامة الى مائتين جنية . وفى كل الأحوال تتعدد الغرامة بتعدد القضية المطلوب ردهم ، وفى حالة التنازل عن طلب الرد تحكم المحكمة بمصادرة الكفالة (المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المستبدلة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

ويترتب على الحكم برفض طلب الرد أن تعاود الخصومة الأصلية سيرها أمام نفس القاضى الا اذا كان هو قد بادر برفع دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغا الى جهة الاختصاص فيكون هنا القاضى غير صالح لنظر الدعوى (م ١٦٥ مرافعات) .

وإذا قضت المحكمة بقبول طلب الرد فان القاضى يفقد صلاحيته لنظر الدعوى ، وبالتالي يحكم عليه بمصروفاتها تطبيقا للقواعد العامة (٩٩) .

(٩٨) تصبح الغرامة وفقا لمشروع تعديل قانون المرافعات مائتى جنية ولا تزيد على ألف . وتكون بالنسبة للوجه الرابع من المادة ١٤٨ . الفى جنية . (٩٩) انظر فتحي والى - المرجع السابق ص ٣٦٦ الوسيط ص ٩١٨ وما بعدها رمزى سيف ص ٨٣ ، ابراهيم سعد ص ٢٨٧ ، سوليس وبييرو ج ١ رقم ٧٩٦ ص ٦٨٠ ، كيوفندا - مبادئ ص ٥٧٥ وعكس ذلك احمد ابى الوفا ص ٨٠ بند ٦٦ هامش (٢) .

٢ - الطعن فى الحكم فى طلب الرد :

لا يجوز الطعن فى الحكم الصادر فى الرد بأى طريق فى القانون الايطالى . أما فى مصر فان المشرع أجاز لطالب الرد أن يستأنف الحكم الصادر برفض طلبه برد قاضى محكمة المواد الجزئية أو قضاة المحكمة الابتدائية ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا . ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ - أن الأحكام الصادرة فى الرد من محكمة الاستئناف أو من محكمة النقض لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف وذلك تطبيقا للقواعد العامة فى أن أحكام محساكم الاستئناف أو محكمة النقض لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف .

ب - أن القاضى المطلوب رده لا يجوز له الطعن فى الأحكام الصادرة برده . وذلك لأن المشرع لم ينص على حقه فى ذلك ، وعلى هذا يكاد يجمع الفقه (١٠٠) ويبنى الشراح رأيهم هذا على أن القاضى لا يعتبر طرفا فى الخصومة ، بدليل أنه لا يحكم عليه بالمصروفات اذا حكم بقبول الرد بالإضافة الى أنه مما يتنافى مع كرامة (١٠١) القاضى التثبيت بالحكم فى الدعوى ، أو رغبة المشرع فى عدم جعل القاضى يتمادى فى الخصومة بعرض القضية مرة أخرى على محكمة الاستئناف (١٠٢) .

ولقد بينا ، فيما سبق أن خصومة الرد ، هى خصومة قضائية حقيقية طرفاها هما طالب الرد والقاضى المطلوب رده ، وقلنا أيضا أنه

(١٠٠) عبد الباسط جيمعى - نظرية الاختصاص ١٩٧٦ ص ٢٣٢
مبادئ - ص ٢٣٣ ، أحمد أبو الوفا ص ٨٠ ، حامد فهمى - المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٤٠ ص ٥٩٣ ، أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر سنة ١٩٢١ ص ٧٠٦ بند ٩٩٧ .
عبد الخالق عبر - قانون المرافعات ص ٢٧٤ . محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١ - فتحى والى - الوسيط ص ٩٢١ .
(١٠١) عبد النعم الشرتاوى وعبد الباسط جيمعى - شرح قانون المرافعات الجديد ص ١٧٩ - بند ١٢٥ . أحمد أبو الوفا - المرافعات بند ٦٦ ص ٨٠ وهامش (١) .
(١٠٢) فتحى والى - بند ١٥٧ ص ٣٦٨ .

ليس هناك ما يمنع - تطبيقاً للقواعد العامة - من الحكم على القاضى بمصروفات الدعوى اذا ما حكم بقبولها (١٠٣) ، كما أنه وان كان نص المادة ١٦٠ من قانون المرافعات قد قصر حق الاستئناف على طالب الرد فذلك لأنها قد أوردت حكماً خاصاً بالنسبة له وهو حقه فى استئناف الحكم الصادر برفض طلب الرد أو عدم قبوله ، ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائياً ، وهذا يخالف القواعد العامة . أما بالنسبة للقاضى المطلوب رده - فلم ينص المشرع على حقه فى الاستئناف خلافاً للقواعد العامة ، وانما تركه خاضعاً لحكم هذه القواعد العامة . ويترتب على ذلك أنه يجوز للقاضى المطلوب رده - باعتباره طرفاً فى خصومة الرد - أن يستأنف الحكم الصادر برده اذا كان صادراً فى موضوع يقبل الاستئناف تطبيقاً للقواعد العامة (١٠٤) ، خصوصاً وأن استئناف الحكم الصادر بالرد من جانب القاضى لا يتنافى مع كرامته لأن الغرض من ذلك ليس هو التشبث بالحكم فى الدعوى ، انما دفع ما قد يترتب على الحكم الصادر بالرد من مساس بسمعته خاصة اذا كان مبنى الرد قبول هدية من أحد الخصوم .

واذا كان المشرع يقرر حق القاضى فى رفع دعوى تعويض على طالب الرد عن الأضرار التى قد تلحقه من جراء الرد (١٦٥ مرافعات) فليس هناك ما يمنع من أن يستأنف القاضى الحكم الصادر بالرد لدفع ما قد يترتب عليه من مساس بسمعة وشرف القاضى (١٠٥) . وجدير بالذكر أن هذا الخلاف يصبح لا معنى له اذا ما صدر التعديل المقترح ، فى قانون المرافعات من جعل الاختصاص بنظر طلبات الرد الى محكمة الاستئناف أو محكمة النقض وحدهما ، اذ تصبح هذه الأحكام غير قابلة للاستئناف أصلاً ، لا من قبل طالب الرد ولا من قبل القاضى .

(١٠٣) عكس ذلك - عبد الخالق عمر - ص ٢٧٢ - أحمد أبو الوفا - التعليق ج ١ ص ٥٢٩ والمرافعات ص ٨٠ هامش (١) .
 (١٠٤) رمى سيف - المرجع السابق - بند ٦٥ - ص ٨٢ - ٨٤ ،
 إبراهيم سعد - ص ٢٨٨ .
 (١٠٥) إبراهيم سعد - ص ٢٨٩ .

ويثور الخلاف كذلك بالنسبة لخصم طالب الرد فى الدعوى الأصلية، وهل يجوز له استئناف الحكم الصادر فى دعوى الرد المرفوعة من خصمه فذهب البعض الى أن هذا الخصم لا يعتبر خصماً فى خصومة الرد ومن ثم فلا يكون له الطعن فى الحكم الصادر فيها (١٠٦) بينما ذهب البعض الآخر الى جواز ذلك اذا كان الحكم بقبول طلب الرد مما يمس شرفه ونزاهته كما لو كان مبنياً على أنه قد قدم هدية الى القاضى (١٠٧) ولكن الرأى الأول يتفق والمنطق الصحيح للقانون اذ أن حق الطعن لا ينشأ الا للخصوم فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه . وبما أن خصومة الرد تنشأ بين الخصم (طالب الرد) والقاضى (المطلوب رده) ، ومن ثم فلا يكون لغيرهما الطعن فى الحكم الصادر فيها .

واستئناف الحكم الصادر فى الرد يكون بتقرير بقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم وذلك خلال خمسة أيام من تاريخ صدوره . ويقوم قلم الكتاب بارسال ملف الرد وتقرير الاستئناف الى محكمة الاستئناف خلال الثلاثة أيام التالية لتقرير الاستئناف ويقوم قلم كتاب محكمة الاستئناف بعرض الأوراق على رئيسها لاحتلتها على احدى دوائرها لنظرها وتصدر حكمها فيها على الوجه الذى تحدده المادة ١٥٧ .

١٣٧ - التنحى عن نظر الدعوى :

نظم القانون حالات تنحى القاضى ، من تلقاء نفسه - عن نظره الدعوى ، ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم ، ويمكن حصر هذه الحالات فى حالتين :

-
- (١٠٦) أحمد أبو الوفا - التطبيق ج ١ ص ٥٢٩ . محمد كمال
عبد العزيز ص ٣٣١ . عبد الخالق عمر ص ٢٧٥ . ابراهيم سيمد ص
٢٨٥ . فتحى والى - ص ٣٦٢ هامش (٣) . جارسونيه وسيزار برو
ج ٣ بند ٥٠٦ .
(١٠٧) عبد الباسط جيمى - مبادئ المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ٢٢٣
هامش (١) . عبد النعم الشرفاوى وفتحى والى ، ص ١٤٧ .

١ - حالة توافر سبب من أسباب الرد :

إذا توافر سبب من أسباب الرد ، وجب على القاضى - تجنبيا - لطلب رده والسير فيه - أن يخبر المحكمة فى غرفة المشورة أو رئيس المحكمة الابتدائية - حسب الأحوال - بسبب الرد القائم به ، وذلك للادّين له بالتنحى . ويثبت ذلك كله فى محضر خاص يحفظ بالمحكمة (م ١٤٩ مرافعات) (١٠٨) .

ومن المقرر أن تنحى القاضى فى هذه الحالة يعتبر تنحيا جوازيا ، يتم برضاء القاضى ، وليس واجبا عليه أن يعرض أمر تنحيه على الوجه المتقدم ، بالرغم من أن المادة ١٤٩ تبدأ بلفظة « على القاضى ... » الدالة على الوجوب ، ذلك لأن القاضى إذا لم يتنح عن الحكم ، وأصدر حكمه فى الدعوى ، ولم يكن الخصم قد طلب رده ، فإن الحكم يكون صحيحا لا بطلان فيه ، بعكس أحوال عدم الصلاحية .

٢ - حالة عدم توافر سبب من أسباب الرد :

أجازت المادة ١٥٠ من قانون المرافعات للقاضى فى غير أحوال انرد المذكورة ، إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لائ سبب ، أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة فى غرفة المشورة أو على رئيس المحكمة للنظر فى اقراره على التنحى . وهذا التنحى متروك تقديره للقاضى ، واقرار المحكمة أو رئيسها له ، حتى لا يتخذ القاضى من التنحى وسيلة للتهرب من أداء واجبه . وعليه فإذا لم تاذن المحكمة له بالتنحى ، كان عليه الاستمرار فى نظر الدعوى والحكم فيها ، وليس له التظلم من قرار المحكمة فى هذا الشأن (١٠٩) .

(١٠٨) الأمر الذى يؤدى الى القول بأنه يجب على رئيس المحكمة او المحكمة أن تاذن للقاضى بالتنحى إذا تلكت من جدية سبب الرد (فتوى والى الوسيط ، ص ٢١٦ . محمد عبد الخالق عمر ، ص ٢٦٦) .
(١٠٩) نقض محنى ١٩٦٦/١٢/٢٠ ، المجموعة ، ص ١٧ ، ص ١٩٥٥ ، أحمد مسلم ، أصول ، ص ١٦٤ ، عبد الخالق عمر ، ص ٢٧٨ .

المطلب الثالث

ضمانات القضاة ضد الخصوم

مخاصمة القضاة

١٣٨ - تحديد وتقسيم :

القاضى بشر ، ولذلك يكون عرضة للوقوع فى الخطأ ، وإذا ارتكب القاضى خطأ ، فإن ذلك قد يؤدى الى التزامه بتعويض الضرر الذى لحق بالغير نتيجة ذلك الخطأ ، وفقا لقواعد المسؤولية المدنية . ولكن اذا أخطأ القاضى أثناء تأدية وظيفته ، وترتب على ذلك ضرر بالخصم ، فإنه ولا شك يلتزم بالتعويض وفقا للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية (م ١٦٣ مدنى) . الا أن ترك القاضى خاضعا لهذه القواعد يؤدى الى رفع العديد من دعاوى المسؤولية على القاضى ، مما يؤدى الى تفرغ القاضى للدفاع عن نفسه ، دفعا لهذه الدعاوى ، ويترتب على ذلك - لزوما - عدم تفرغ القاضى لأداء عمله ، وتردده وتهيبه من أداء واجبه ، خوفا من المسؤولية . وهذا يستوجب عدم ترك القاضى فى علاقته بالخصوم للقواعد العامة ، وإنما لابد من احاطته بضمانات معينة فى مواجهتهم ، ولكن بشرط ألا تؤدى هذه الضمانات الى تهاون القاضى فى عمله واهماله فى قضائه .

وتوفيقا بين هذين الاعتبارين ، وضعت الانظمة كافة نظاما خاصا لمسؤولية القضاة عن أخطائهم أثناء تأدية الوظيفة ، وهذا النظام هو « نظام مخاصمة القضاة La Prise a Partie » (١١٠) وهذا النظام هو الواجب الاتباع اذا ارتكب القاضى أمرا يؤاخذ عليه مدنيا وكان ذلك بسبب الوظيفة .

ودراسة علمية لنظام مخاصمة القضاة ، تقتضى منا أن نبدأ بتحديد مفهوم نظام المخاصمة وحالاته ، ثم ندرس نظامها الاجرائى ونخصص فرعا لكل منها .

(١١٠) أنظر فى تفاصيل هذا النظام ، سوليس ويبرو ، ج ١ ، بند ٢٣٤

وما بعدها ، موريل بند ١٥٣ . كوشيز ، بند ١٢٠ .

مفهوم نظام المخاصمة وحالاته

١ - مفهوم نظام المخاصمة

١٣٩ - تعريف نظام المخاصمة :

المخاصمة نظام قانونى وضعه المشرع لمساءلة القضاة مدنيا عن أخطائهم التى تقع منهم حال تأدية وظيفتهم ، بحيث لا يجوز مساءلتهم عن هذه الأخطاء بغير اتباع هذا النظام بقواعده وأحكامه . ويتم ذلك عن طريق دعوى ترفع بإجراءات خاصة الى المحكمة المختصة - بناء على طلب الخصم ، ضد القاضى طالبا الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بسبب خطأ القاضى فى أداء وظيفته .

١٤٠ - طبعة دعوى المخاصمة :

أثارت دعوى المخاصمة جدلا فقها كبيرا حول تحديد طبيعتها ، فذهب رأى الى القول بأنها دعوى تاديبية ، بينما ذهب رأى آخر الى أنها طريق من طرق الطعن غير العادية ، وأخيرا قيل بأنها دعوى مسئولة .

أما القول بأنها دعوى تأديبية فقول مهجور ، برره المنشأ التاريخي لنظام المخاصمة ، أما القول بأنها طريق طعن غير عادي ، فقد استند الى أن الحكم بقبولها يؤدي الى بطلان الحكم ، فضلا عن أن القانون الفرنسي ينظم هذه الدعوى بعد قواعد التماس اعادة النظر .

غير أن هذا الرأي غير صحيح ، لأن دعوى المخاصمة ليست الا دعوى مسئولية (١١١) . لا تستهدف الطعن في الحكم وإنما الحصول على تعويض الضرر الناتج للخصم من خطأ القاضي وذلك لما يأتي :

- ان دعوى المخاصمة توجه الى القاضى مباشرة لا الى الحكم الذى أصدره كما فى دعوى الطعن فانها توجه الى الحكم لا الى القاضى .

(۱۱۱) فتحی والی ، ص ۳۳۶ ، رزی سیف ، ص ۶۰ بند ۴۳ ،
العثمائی ، ص ۱۷۳ ، زبندی - ح ۱ ص ۱۴۴ ، عبد الخالق عمر ، ص ۲۸۴

- أن المدعى عليه فى دعوى المخاصمة هو القاضى بعكس دعوى الطعن التى يختصم فيها المحكوم له « المستأنف عليه » لا القاضى •

- أن الطعن فى الأحكام يفترض دائما صدور حكم من محكمة ما أما دعوى المخاصمة فترفع على القاضى ، ولو لم يكن قد أصدر حكمه فى الموضوع مثل حالة انكار العدالة . لكل ما تقسّم يتضح لنا أن دعوى المخاصمة ما هى الا دعوى مسئولية ، وبطلان الحكم الصادر من القاضى يعتبر خير تعويض للخصم ، فضلا عن التعويضات التى يحكم بها له (١١٢) وهى كذلك دعوى شخصية (١١٣) أساسها القانونى هو اخلال القاضى بواجبات وظيفته باعتباره أحد موظفى الدولة وفى هذا لا يختلف أساس مسئولية القاضى عن أساس مسئولية باقى الموظفين العموميين (١١٤) . ولذلك اذا حكم على القاضى بالتعويض فانه يجوز للخصم أن يرجع على الدولة بما قد يحكم على القاضى من تعويضات ، على أن تقوم الدولة بعد ذلك بالرجوع على القاضى بما تكون قد أوفت به نيابة عن القاضى وذلك وفقا للقواعد العامة .

٢ - حالات المخاصمة

١٤١ - تحديد :

حددت المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات الحالات التى يجوز فيها مخاصمة القضاة ، والتى لا يجوز مساعلة القاضى مدنيا ، عما يصدر منه أثناء تادية وظيفته ، الا بطريق المخاصمة (١١٥) . وبطبيعة الحال بلزم - طبقا للقواعد العامة فى المسئولية - توافر الضرر المترتب على

(١١٢) انظر ابراهيم سعد - ص ٢٩٩ وهابش رقم (١) •

(١١٣) انظر ابراهيم سعد ص ٢٩٢ •

(١١٤) ساتا - بند ٣٦ ص ٥٢ • فتحى والى - الوسيط ص ٢٠٥ •

(١١٥) نقض ١٩٨٥/٦/١٧ فى الطعن ٦٨٥ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٥/١٢/١٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق - نقض مضى ١٩٦٢/٣/٢٩ مجموعة احكام النقض ١٣ ص ٣٦٠ •

خطأ القاضى . ولكن ذلك لا يعنى عدم مخاصمة القضاة خارج حالات المخاصمة ، أى أن القاضى لا يسأل عن أخطائه التعاقدية أو التقصيرية التى تقع منه خارج الوظيفة . بل ان القاضى يظل مسؤولا - مثله فى ذلك مثل سائر مواطنى الدولة - عن أخطائه كافة - التعاقدية أو التقصيرية التى تقع منه خارج نطاق وظيفته تطبيقا للقواعد العامة فى المسؤولية المدنية (١١٦) .

- الحالات التى يجوز فيها المخاصمة هى :

١ - حالة الغش أو التدليس أو الغدر :

إذا وقع من القاضى فى عمله غش أو تدليس أو غدر ، يجوز للخصم رفع دعوى المخاصمة إذا لحقه ضرر من ذلك . وكان يجدر بالمشرع أن يقتصر على التدليس لأنه يشمل الغش ، فكل غش تدليس ، ويقصد به انحراف القاضى عما يتطلبه القانون قاصدا هذا الانحراف لتحقيق مصلحة شخصية له أو لأحد الخصوم أو نكاية بأحد الخصوم (١١٧) وان كان البعض يميز بين الغش Fraude والتدليس do على أساس أن الغش أكثر من التدليس أو أكبر جسامة منه أما التدليس فهو الانحراف عن العدالة باستعمال طرق احتيالية وأيا كان الأمر فلا بد من اثبات نية الانحراف لدى القاضى مثل تعمد القاضى إخفاء أو اتلاف المستندات الموجودة تحت يده أو أحداث تغيير بها ، أو تحريف أقوال أحد الخصوم أو أحد الشهود ، أو إذا ما كلف القاضى بكتابة تقرير فى قضية فيكتبه محرفا عن قصد ، بأن وصف مستندا مقدما فى القضية بغير ما اشتمل عليه ، حتى يغدع باقى أعضاء المحكمة (١١٨) .

(١١٦) رمزى سيف بند ٤٤ من ٦٢ . عبد الخالق عمر - ص ٢٨٠ .
فتحى والى - الوسيط ص ٢٠٥ .

(١١٧) فتحى والى - ص ٣٣٩ - الوسيط ص ٢٠٥ . عبد المنعم الشرفاوى وعبد الباسط جيمعى - المرجع السابق ص ١٨٤ ، ١٨٥ .
(١١٨) أنظر محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ١٧٤ والمراجع المشار إليها فى هامش ٣ ، عبد الباسط جيمعى ص ٢٣٩ . استتفاة مختلف
١٩٤٩/٧/١١ مجلة التشريع والقضاء المخطط ص ٦١ ص ١٦٣ .

أما الغدر concussion فهو صورة من صور انحراف القاضى عن العدالة ، ويتحقق بقبول أو طلب منفعة أو فائدة مادية لنفسه أو لغيره (١١٩) اضرارا بالخزانة العامة أو بأحد الخصوم . ونرى أن هذه الصورة لم يعد لها محل فى وقتنا الحاضر ، حيث أن التشريعات تحدد الرسوم القضائية مقدما ، فضلا عن أنها تذهب مباشرة الى خزانة الدولة ، لا الى القاضى الذى يتقاضى راتبه من هذه الخزانة العامة .

وبذلك نرى أن النص على الغدر والغش يعتبر تزييدا من المشرع وأنه كان يكفى النعى على التدليس فقط (١٢٠) .

٢ - حالة الخطأ المهنى الجسيم :

مراعاة من المشرع لصعوبة إثبات الغش أو التدليس نظرا لضرورة اثبات سوء النية لدى القاضى ، فقد أضافت الانظمة الخاصة .

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الملغى الفارق بين الخطأ الفاحش ، وبين الغش ، بأنه فارق ذهنى فى معظم الأحوال وغالبا ما يستدل على الغش بجسامة المخالفة ، وكثيرا ما يدعو الحرج الى درء نسبة الغش عمن يتهم به بنسبة الخطأ الفاحش اليه ، ولا يفهم من ذلك أن الخطأ المهنى الجسيم يكون دائما مبنيا على سوء النية ، أو الغش لأن ذلك يصعب التسليم به ، لأنه يعد تكرارا لحالة الغش مما يؤدي الى القول بأن الشارع لم يضيف جديدا عندما أضاف الخطأ المهنى الجسيم (١٢١) .

(١١٩) انظر تعريف الغدر استثنائا المنصورة ١٨/٧/١٩٥٣ -
الحاماة سنة ٣٤ عدد ٢ ص ١١١ ومحمد عبد الوهاب العشماوى ص ١٧٦ .
(١٢٠) فتاوى والى - ص ٣٤٠ - الوسيط ص ٢٠٦ كارنيوتى - نظم
جزء ١ بند ١٩٣ .

(١٢١) وعلى هذا غالبية الشراح . عبد النعم الشرقاوى - شرح
المرافعات المدنية والتجارية سسنة ١٩٥٠ بند ٩٩ ص ١٥٣ وما بعدها ،
عبد الباسط جيمى ص ٢٣٨ ، وعزى سيف ص ٦٤ ، محمد عبد الوهاب
العشماوى ص ١٧٦ وما بعدها .

ونرى أن هناك farkا كبيرا بين الغش والخطأ المهني الجسيم وهو أن الأول توافر سوء نية القاضي ، بعكس الثاني الذي لا يستلزم ذلك . فيكفى أن يكون خطأ القاضي مجردا من أى عمد أو غش حتى تقوم مسؤوليته . ولكن يجب أن يكون خطأ القاضي على درجة كبيرة من الجسامة ، بحيث لا يرتكبه إلا الشخص المهمل فى أداء واجبه . ذلك - لأن الخطأ اليسير لا يحاسب عليه القاضي ولا يعتبر سببا لمسؤوليته . وعلى ذلك يمكن تعريف الخطأ المهني الجسيم ، بأنه الخطأ الذى يرتكبه القاضي لوقوعه فى غلط فاحش ما كان يمكن أن يقع فيه اذا ما بذل قدرا معقولا من الاهتمام بواجباته وظيفته وما يقتضيه من حرص وتبصر (١٢٢) . ومثال الخطأ الجسيم الجهل الواضح بالقواعد القانونية أو بالوقائع الثابتة فى الدعوى ، أما الخطأ فى تقدير الوقائع أو فهم القانون على نحو معين ولو خالف فيه الفقه لا يعتبر من أسباب المخاصمة .

وتقدير جسامة الخطأ امر متروك لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه لحكمة النقض (١٢٣) الا أن وصف الخطأ بالجسامة أو عدمها يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١٢٤) .

(١٢٢) انظر فتحي والى ص ٣٤١ الوسيط ص ٢٠٧ رمزي سيف ص ٦٥ ، عبد النعم الشراوى ص ١٥٤ وتقريبا هو ما استقر عليه قضاء النقض (نقض ١٩٨٢/٢/١٤ - المجموعة س ٣١ ، ص ٥١٤ رقم ١٠١) ، استئناف المنصورة فى ٢ فبراير سنة ١٩٧٨ التى عرفت الخطأ المهني الجسيم بأنه « الخطأ الفاحش الذى يبلغ من جسامته أن يدل بذاته على نية الغش لولا أن الحدود تدرا بالشبهات فهو خطأ لا يعطوه فى سلم الخطأ درجة ، ولا ينتصه ليصبح غشا غير انه يقترب بسوء النية ، منشور فى مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ - العدد الثانى ص ١٩٧ .

(١٢٣) نقض ١٩٨٢/٢/١٤ - المجموعة ، س ٣١ ، ج ٢ ، ص ٥١٤ ، ١٩٨٠/٢/١٤ ، فى الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٤٦ ق . نقض ١٩٥٧/٤/١٧ - مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الاولى - ٢ ص ٨٨ .

(١٢٤) انظر رمزي سيف ص ٦٦ ، فتحي والى ص ٣٤٣ ، ابراهيم سعد ص ٢٩٥ . عكس ذلك ، نقض مدنى ١٩٥٧/٤/١٨ المجموعة س ٨ ص ٤٣٨ .

واذا وقع الخطأ المهني الجسيم فى حكم صادر من دائرة من الدوائر التى تشكل أكثر من قاض ، فتوجه المخاصمة الى جميع أعضاء الدائرة ، اذا لم يكن من الممكن اثبات الخطأ الى قاض بعينه دون اهدار لسرية المداولات (١٢٥) الا أنه قد حكم فى فرنسا بعدم جواز مخاصمة دائرة كاملة من دوائر محكمة النقض (١٢٦) .

٣ - انكار العدالة :

ينص المشرع على جواز مساءلة القاضى مدنيا اذا امتنع عن الاجابة على عريضة قدمت اليه ، أو عن الفصل فى قضية صالحة للحكم فيها أو التأخير دون مبرر فى ذلك وهذه الحالة هى ما تعرف بانكار العدالة (١٢٧) وهى تستوجب مسئولية القاضى المدنية ، لأنه واجبا أساسيا من واجبات وظيفته ، وهو تحقيق القانون ، واقامة العدالة وتطبيق الحماية القانونية على الحالات المعروضة عليه . ويشترط لمساءلة القاضى عن هذا ثبوت امتناع القاضى عن الفصل فى القضية أو التأخير فى ذلك بغير مبرر ، فاذا كانت الدعوى لم يستوف تحقيقها بعد ، أو اثبتت بشأنها مسائل قانونية تتطلب وقتا لدراستها ، أو كان القاضى نفسه قد قام به ما يمنعه من القضاء ، كالمرض وخلافه فلا يسأل القاضى فى هذه الحالات .

ويثبت امتناع القاضى باعذارين ، على يد محضر ، يفصل بينهما أربع وعشرون ساعة بالنسبة للأوامر على العرائض ، وثلاثة أيام بالنسبة لأحكام الجزئية أو المستعجلة ، وثمانية أيام فى القضايا الأخرى (٢/٢٩٤ مرافعات) . ولا يجوز رفع دعوى المخاصمة قبل مضي ثمانية أيام على آخر اعدار .

(١٢٥) أنظر أحمد أبو الوفا بتد ٥٥ ص ٦٤ . عبد المنعم الشرقاوى - المرجع السابق ص ١٥٤ ، عبد الباسط جميعى ص ٢٤٠ .
(١٢٦) نقض فرنسى ١٩٤٧/٤/٣ - جازيت دى باليه ١٩٤٧ ص ١٣٠ الجزء ١ .

(١٢٧) أنظر سيجرى توليو « المسئولية من انكار العدالة والرابطة الاجرائية ، مقاله تعليقا على حكم المحكمة الدستورية الايطالية فى ١٩٦٨/٣/١٤ رقم ٢ فى مجلة قانون الإجراءات ١٩٤٩ ص ١٢٣ .

٤ - حالات أخرى ينص المشرع عليها صراحة :

فى الحالات الأخرى التى ينص فيها القانون على مسؤولية القاضى والحكم عليه بالتضمينات ، مثل المادة ١٧٥ مرافعات التى تنص بالتعويض على كل من تسبب فى عدم ايداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه فى الميعاد المحدد .

● مخاصمة القضاة فى النظام الإسلامى :

لا تجوز مقاضاة القاضى ومطالبته بالتعويض الا اذا كان جائرا ، أى متعمدا الجور ، أو أقر بأنه قضى بغير الحق ، ففى هذه الحالة يلزمه الضمان فى ماله . وتعمد الجور هو ما يعرف فى الأنظمة المعاصرة بالغش أو التدليس . وعلى ذلك لا يسأل القاضى اذا لم يكن متعمدا الجور ، بأن كان كل ما وقع منه خطأ غير عمدى .

فاذا كان المقضى فيه حقا من حقوق الله تعالى بطل القضاء ووجب الضمان فى بيت مال المسلمين اذا كان قد تم تنفيذ الحكم . وان كان فى حق من حقوق العباد نقض الحكم وان كان نهائيا . واذا كان منشأ الخطأ هو اجتهاد القاضى نفذ الحكم ولا شيء على القاضى .

كما أن انكار العدالة يعتبر مسببا للمخاصمة فى الفقه الإسلامى لأن الحكم فى الدعوى يكون واجبا على القاضى اذا حضرت أسبابه ، فان لم يفعل كان آثما بترك الواجب . وهذا ما نصت عليه بالفعل المادة ١٨٢٨ من مجلة الأحكام العدلية (١٢٨) .

الفرع الثانى

النظام الاجرائى لمخاصمة القضاة

١٤٢ - تحديد :

لم تكثف الأنظمة بتحديد حالات مسئولية القاضى المدنية عن أخطائه التى تقع منه بسبب الوظيفة ، والتى لا يجوز مساءلته فى غيرها ، وانما وضعت نظاما اجرائيا خاصا يجب على الخصم اتباعه ، ان أراد مخاصمة أحد القضاة ، ايا كانت درجته ، ويتمثل هذا النظام فى العناصر التالية :

١ - المحكمة المختصة بنظر دعوى المخاصمة

١٤٣ - حدد المشرع المحكمة المختصة بنظر دعاوى المخاصمة بأنها - كقاعدة - محكمة تكون أعلى درجة من المحكمة التى يتبعها القاضى المخاصم ضمنا لعدم عرضها على زملاء القاضى اذا ما رفعت الدعوى الى المحكمة التى يتبعها القاضى المراد مخاصمته ، الأمر الذى قد يؤثر فى حيادهم (١٢٩) .

ودعوى المخاصمة فى نظامنا القضائى تمر بمرحلتين ، الأولى مرحلة جواز المخاصمة أو عدم جوازه ، والثانية مرحلة الفصل فى موضوع المخاصمة ذاته . وتختلف المحكمة المختصة باختلاف هاتين المرحلتين ، على النحو التالى :

١ - مرحلة جواز المخاصمة :

- احدى دوائر محكمة الاستئناف التابع لها القاضى المخاصم ان كان قاضيا بالمحاكم الابتدائية أو مستشارا بمحكمة الاستئناف أو أحد أعضاء النيابة لدى هذه المحاكم .

(١٢٩) فتحى والى - الوسيط ، ص ٩١٠ ، سوليس وبيرى ، ج ١ ،

- إحدى دوائر محكمة النقض إذا كان القاضى المخاصم مستشارا بالنقض .

تلك هى المحاكم المختصة بنظر دعاوى المخاصمة فى مرحلتها الأولى (م ٤٩٦) ، أى التى تفصل فى مدى جواز أو عدم جواز المخاصمة . فان أخطأ الخصم ورفع دعوى المخاصمة الى محكمة غير مختصة ، فان على هذه المحكمة أن تقضى وجوبا بعدم اختصاصها بنظرها (١٣٠) .

ب - مرحلة الفصل فى موضوع المخاصمة :

إذا فصل فى دعوى المخاصمة فى مرحلتها الأولى بجوازها كان الفصل فى موضوع المخاصمة ذاته وفقاً للمادة ٤٩٧ مرافعات من اختصاص :

- دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف غير تلك التى نظرت المرحلة الأولى ، وكان المخاصم قاضيا بالمحاكم الابتدائية أو رئيسا بها أو أحد أعضاء النيابة العامة لديها .

- دائرة خاصة بمحكمة الاستئناف تشكل من سبعة مستشارين إذا كان المخاصم مستشارا بالاستئناف أو النائب العام أو المحامى العام .
- دوائر محكمة النقض مجتمعة إذا كان المخاصم مستشارا بالنقض أو رئيسها أو أحد نوابه .

وإذا وجهت المخاصمة الى دائرة بأكملها من دوائر النقض ، كانت إحدى الدوائر الأخرى بالمحكمة هى المختصة بنظر الدعوى فى مرحلتها الأولى ، وان أجازت المخاصمة كانت دوائر محكمة النقض مجتمعة هى المختصة بالفصل فى موضوع المخاصمة ذاته (١٣١) .

(١٣٠) عكس ذلك محكمة النقض التى قضت بأن رفع تقرير مخاصمة مستشارى محكمة النقض الى قلم كتاب محكمة الاستئناف يؤدى الى عدم قبول الدعوى (نقض ١٦٨٣/١٢/١٣ ، ص ٣٤ ، رقم ٢٩ ، ص ٨٥) .
(١٣١) فتحى والى - الوسيط ، ص ٩١١ ، أبو الوفا ، ص ٧٧ ، بند ٥٦ .

٢ - إجراءات المخاصمة والحكم فيها

١٤٤ - وسيلة رفع دعوى المخاصمة وانعقادها :

حدد المشرع وسيلة خاصة لرفع دعوى المخاصمة ، هي ذاتها الوسيلة التي ترفع بها دعوى الرد . وتتمثل هذه الوسيلة فى تقرير بقلم كتاب المحكمة المختصة بنظر جواز المخاصمة ، بحسب درجة القاضى أو العضو المخاصم . ويوقع هذا التقرير من الخصم نفسه أو من وكيله الموكل فى ذلك توكيلا خاصا . ويجب أن يشتمل التقرير على أوجه المخاصمة وادلتها ، وإن نودع معها الأوراق المؤيدة لها (م ٤٩٥ مرافعات) .

ولم يتطلب القانون المصرى ما تطلبه القانون الايطالى من ضرورة الحصول المسبق على اذن وزير العدل لرفع دعوى المخاصمة (م ٥٦ مرافعات ايطالى) .

وبتقديم التقرير على النحو المتقدم تكون دعوى المخاصمة قد رفعت الى القضاء ، الا أن الخصومة فيها لا تنعقد الا باتصالها بالقاضى المخاصم أو القضاة المخاصمين ، ويتم ذلك بوسيلة خاصة أيضا هي تبليغ صورة التقرير الى القاضى أو عضو النيابة المخاصم .

١٤٥ - نظر المخاصمة والحكم فيها :

راينا أن دعوى المخاصمة تمر بمرحلتين هما :

- الأولى جواز أو عدم جواز المخاصمة :

وفىها تعرض الدعوى على احدى دوائر محكمة الاستئناف أو محكمة النقض ، بحسب الأحوال ، بأمر من رئيسها بعد تبليغ صورة التقرير الى المخاصم .

وتنظر دعوى المخاصمة فى أول جلسة تعقد بعد الثمانية الايام التالية للتبليغ ، وذلك فى غرفة المشورة ، وذلك بعد قيام قلم الكتاب باخطار الطالب بتاريخ الجلسة (م ٤٩٥) .

وتقوم الدائرة بالفصل فى مدى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى ، وجواز قبولها ، بعد استعراض أسبابها ، ومدى توافرها وأدلتها ، وكل ذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضى أو عضو النيابة المخاصم وأقوال النيابة إذا تدخلت فى الدعوى .

- الثانية : مرحلة الفصل فى المخاصمة :

إذا ما قضت الدائرة المختصة بجواز المخاصمة . تقوم هذه الدائرة بأحالة الدعوى على الدائرة المختصة بالفصل فى موضوعها . وذلك لأنه لا يجوز للدائرة التى تنظر فى جواز قبول المخاصمة أن تحكم فى موضوعها بل تفصل فيها دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، أو الدائرة الخاصة ، أو دوائر محكمة النقض مجتمعة ، كل ذلك بحسب درجة العضو المخاصم .

وتنظر الدائرة المختصة فى موضوع الدعوى وذلك فى جلسة علنية يقوم بتحديددها الحكم الصادر بقبول المخاصمة ، وذلك بعد سماع أقوال الطالب والعضو المخاصم والنيابة إذا تدخلت فى الدعوى (م ٤٩٧ مرافعات) .

١٤٦ - الحكم فى دعوى المخاصمة وأثاره :

- يترتب على الحكم بعدم جواز المخاصمة فى المرحلة الاولى أو برفضها فى المرحلة الثانية الحكم على المدعى فى دعوى المخاصمة بالغرامة المقررة . وللمحكمة كذلك أن تحكم على المدعى بتعويض الأضرار الأدبية التى يمكن أن تكون قد لحقت بالقاضى أو عضو النيابة المخاصم (٤٩٩ مرافعات) (١٣٢) .

(١٣٢) خلافا للأصل المقرر من أن جلسات المحاكم ملانية ، إلا أنه يتعين أن ينطق القاضى بالحكم الصادر فيها علانية والا شابه البطلان بطلانا متعلقا بالنظام العام ، اعتبارا بأن علانية النطق بالحكم قاعدة جوهرية يجب مراعاتها تحقيقا للغاية التى توجهاها المشرع وهى تدعيم الثقة فى الفضاة (نقض ١٩٨٣/٣/١٠ من ٣٤ - ١٤٠ من ١٦٦) .

- يترتب على الحكم بجواز المخاصمة في المرحلة الاولى عدم صلاحية القاضى المخاصم لنظر الدعوى المتعلقة بالمخاصمة (٤٩٨ مرافعات) ويبطل كل اجراء يتخذه القاضى فى الدعوى بعد الحكم بجواز مخاصمته (١٣٣) .

- يترتب على الحكم بصحة المخاصمة فى المرحلة الثانية الحكم على القاضى أو عضو النيابة المخاصم بمصروفات الدعوى والتعويض عن الاضرار التى تكون قد أصابت المدعى ، وكذلك ببطلان تصرفه (٤٩٩ مرافعات) . وكذلك بطلان جميع الاجراءات التى اتخذها والاحكام التى يكون قد أصدرها بعد الحكم بجواز المخاصمة (١٣٤) .

ويلاحظ أن العمل الذى يبطل نتيجة الحكم بصحة المخاصمة هو العمل الذى لا يكسب الخصم الآخر فى الدعوى الاصلية حقاً ما ، كالحكم باجراء من اجراءات التحقيق مما يجوز للمحكمة أن تعدل عنه ، وكالامر بالحبس الاحتياطى أو بضبط أو احضار . وإذا كان الحكم أو الامر قد صدر لمصلحة الخصم الآخر فلا يحكم ببطلانه نتيجة الحكم بصحة المخاصمة الا بعد اعلانه لابداء اقواله ولكى تتاح له الفرصة فى الدفاع عن مصلحته وحتى لا يؤخذ بحكم فى خصومة لم يكن طرفاً فيها (١٣٥) .

وجدير بالذكر أن الحكم الصادر فى دعوى المخاصمة ، سواء كان صادراً بجواز المخاصمة ، أو بصحتها أو بعدم جوازها أو رفضها ، يعتبر حكماً نهائياً لا يجوز الطعن فيه الا بطريق النقض (م ٥٠٠ مرافعات) .

(١٣٣) انظر العشماوى - المرجع السابق ص ١٨١ .

(١٣٤) رمزى سيف ص ٦٩ .

(١٣٥) ابراهيم سعد - المرجع السابق ص ٢٩٨ .

أما الحكم الصادر من محكمة النقض فلا يجوز الطعن فيه بأى طريق

- الحكم فى الدعوى الأصلية :

يترتب على الحكم بصحة المخاصمة بطلان عمل القاضى ، وإعادة الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل بدء الخصومة التى انتهت به (١٣٦) .

ويكون للمحكمة التى قضت بصحة المخاصمة أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة لتفصل فيها من جديد ويكون للخصم صاحب المصلحة أن يبادر برفع دعوى جديدة (١٣٧) . ومع ذلك يكون للمحكمة التى قضت بصحة المخاصمة أن تحكم فى موضوع الدعوى الأصلية ، اذا رأت أنها صالحة للحكم فيها وذلك بعد سماع أقوال الخصوم (٤٩٩ م مراقبت) .

(١٣٦) فتحى والى ص ٣٥١ الوسيط ص ٩١٤ ، رمزى سيف
الاشارة السابقة ، سوليس وبيرو جزء ١ ص ٧١٣ .
(١٣٧) أنظر فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٣٥١ -
والوسيط ص ٩١٤ .

الفصل الثاني

أعوان القضاء

Les auxiliaires de la justice

١٤٧ - تحديد :

لا يقع على القضاة وحدهم عبء تحقيق العدالة ، وتسيير مرفق القضاء ، وانما يعاونهم فى ذلك طوائف أخرى ، تعمل فى خدمة هذا المرفق ، تقدم للقضاة المعونات المصادقة فى تحقيق العدالة ، وارساء قواعد القانون فيما يعرض عليهم من منازعات ، وهذه الطوائف هى ما نعرف بأعوان القضاء .

فهناك النيابة العامة ، التى تلعب دورا ما فى تحقيق القانون ، حماية للمجتمع والنظام العام ، وهناك المحامون والخبراء وأمناء السر والمحضرون وغير ذلك ممن يعملون فى خدمة هذا المرفق .

ونظرا لأهمية النيابة العامة ، والذى وصل بالبعض (١) الى اطلاق لفظ القضاء الواقف على رجالها تميزا لهم عن رجال القضاء الجالس وهم القضاة ، فاننا نخصص المبحث الأول من هذا الفصل للنيابة العامة ودورها القانونى أمام القضاء المدنى . أما المبحث الثانى فسوف نخصصه لمن يعاونون القضاء فى وظيفته ورسالته .

(١) مصطفى كامل كيرة - قانون المرافعات الليبي - بيروت مسنة ١٩٧٠ ص ١٣٩ . بل اعتبرها البعض جزء من السلطة القضائية محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ١٨٥ ، والنيابة تعد فى رأى البعض أكثر أعوان القضاء أهمية - انظر كوستا - بند ٨١ ص ١٢٠ .

المبحث الأول

النيابة العامة ودورها فى الخصومة المدنية

المطلب الأول

فكرة النيابة العامة وتشكيلها

١٤٨ - فى الأنظمة المعاصرة :

بجانب القضاة توجد هيئة أخرى تهدف الى حسن تطبيق القانون والعمل على نفاذه الفعلى تحقيقا لصالح المجتمع الذى تقوم هى بتمثيله أمام القضاء (٢) . وهذه الهيئة هى النيابة العامة .

وتؤدى النيابة العامة دورها أمام المحاكم كافة عدا محكمة النقض (٣) التى يقوم بتمثيل النيابة أمامها نيابة مستقلة هى نيابة النقض ، تؤلف من مدير يعاونه عدد كاف من الأعضاء فى درجة محام عام أو رئيس نيابة ، ويكون للنيابة النقض - بناء على طلب المحكمة - حق حضور مداوالات الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، دون أن يكون لمثلها صوت محدود فى المداوالات (م ٢٤ م ق) .

ويوجد على رأس النيابة العامة النائب العام يعاونه عدد كاف من المحامين العامين ورؤساء النيابة ووكلائها ومساعدتها ومعاونيها ، ويكون لدى كل محكمة استئناف محام عام له تحت اشراف النائب العام جميع حقوقه واختصاصاته المنصوص عليها فى القوانين (٢٥ م ق) .

ونظرا لأهمية الدور الذى تقوم به النيابة العامة فقد عنى المشرع بوضع ضوابط خاصة وشروط معينة يجب توافرها لمن يشغل منصب

(٢) ميكيلى - المرجع السابق ص ٢١١ ، ساقا - المرجع السابق ص ٦١ كيوئندا - مبادئ ص ٤٥٧ .

(٣) كان فى ظل قانون السلطة القضائية الملغى يقوم بتمثيل النيابة أمام محكمة النقض النائب العام وينوب عنه أمامها محام عام أو أحد رؤساء النيابة ، أما فى ظل القانون الجديد فقد أنشئت نيابة النقض .

فى النيابة ، وكذلك قرر لهم قواعد خاصة لمساءلتهم تأديبيا وجنائيا
ومدنيا حددها ونظمها قانون السلطة القضائية فى المواد ١١١٦ - ١٣٠ منه

واذا كانت النيابة تسهر على الدالج العام وتحقيق العدالة الا ان
رجالها لا يمكن اعتبارهم قضاة (٤) فهم لا يمارسون العمل القضائى
بالمعنى الدقيق ، وليس لهم - كما للقضاة - فى خصوص الخصومة
سلطة الامر واصدار الاحكام (٥) ولا يحول دون هذا القول اعتبارهم من
رجال السلطة القضائية حيث جمع المشرع بينهم وبين القضاة فى قانون
السلطة القضائية كما اخضعهم المشرع لكثير من القواعد التى يخضع لها
القضاة ، مثل قواعد الرد والمخاصمة وغيرها ، ولذلك يعتبر أعضاء
النيابة العامة رجال السلطة التنفيذية يمثلونها أمام القضاء (٦) ومما
يؤيد هذا الرأى ما يلى :

- كما أن أعضاء النيابة لا يتمتعون بالاستقلال فى الرأى ، فهم
يقومون بأعمالهم تحت اشراف وزير العدل ، الذى يكون له حق اصدار
الأوامر والتعليمات اليهم . فالنيابة تقوم على فكرة التدرج الوظيفى ،
وفى هذا تنص المادة ٢٦ من قانون السلطة القضائية على أن « رجال
النيابة تابعون لرؤسائهم بترتيب درجاتهم ثم لوزير العدل » ، الا أنه
يجب التنبيه الى أن سلطة وزير العدل على أعضاء النيابة تختلف عن
سلطة الرئيس الادارى بالنسبة لمرعوسيه ، فالأخير يجوز له القيام بأعمال
مرعوسيه بعكس وزير العدل الذى لا يجوز له القيام بالأعمال التى يقوم بها
أعضاء النيابة ، كما أن عمل عضو النيابة الذى خالف به أمر رئيسه
يظل قائما منتجا لآثاره القانونية (٧) .

(٤) رمزى سيف ص ٨٦ ، عبد الباسط جيمى - الاختصاص ص ٢٤٧
ميكيلى ص ٢١١ . عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٢٤٧ وهامش (١)
(٥) انظر سلتا ص ٦١ بند ٤٤ ، أحمد أبو الوفا ص ٨٢ بند ٦٨ .
(٦) عبد المنعم الشرفاوى وعبد الباسط جيمى - شرح قانون المرافعات
الجديد ص ١٩٢ هامش (١) ، سوليس وبيرو ج ١ ص ٧١٥ ، فيسان
ص ١٧٣ ، رمزى سيف ص ٨٦ ، فتحى والى ص ٦٧٠ الوسيط ص ٣٩٢ بند
٢١٢ .

(٧) انظر فتحى والى ص ٦٧٠ بند ٢٦٩ . الوسيط - الاشارة المسابقة

كما أن كل عضو من أعضاء النيابة يقوم بعمله باسم النيابة أمام المحكمة ، وبالتالي يجوز لأي عضو أن يكمل عملاً بدأه آخر (٨) . بعكس القضاة الذين لا يستطيع أحدهم اتمام عمل بدأه قاض آخر ، فالقاضي الذي يشترك في إصدار الحكم هو نفسه الذي يشترك في المداولة (م ١٧٠ مرافعات) ، ولا يشترك في المداولة الا القضاة الذين سمعوا المرافعة والا كان الحكم باطلا (١٦٧ مرافعات) .

— كما أن النيابة مستقلة في عملها عن المحاكم ، فلا يجوز للمحكمة أن تصدر للنياية أمرا (٩) أو أية تعليمات بشأن سلوك عضو النيابة أمامها ، كما لا تملك أن توجه إليه لوما أو نقدا ، كما لا يجوز للنياية الاشتراك في المداولات (١٠) ولا القيام بعمل من أعمال القضاة الذين لا يقومون بأعمال النيابة .

١٤٩ - في الفقه الاسلامي :

إذا كانت النيابة العامة قد عرفت في الأنظمة المعاصرة ، فهل عرفها النظام الاسلامي ؟ . لم نعثر في كتب الفقه الاسلامي التي وقعت عليها أيدينا - وهي كثيرة - على ما يفيد أن النيابة العامة بتنظيمها ونظامها المعاصر قد عرفه النظام الاسلامي . ولكن ذلك لا يعني أنه لم يعرف فكرتها ، فقد عرفها فعلا من خلال نظام الحسبة وهي من قبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

-
- (٨) سوليس وييرو - ج ١ ص ٧٢١ . موريل بند ١٥٧ .
(٩) مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٩٠ من قانون المرافعات التي تجيز المحكة أن تأمر بإرسال ملف القضية الى النيابة العامة اذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب .
(١٠) مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٢٤ من ق من أنه يكون لنيابة النقص - بناء على طلب المحكة - أن تحضر مداولات الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ودون أن يكون لها صوت محدود في المداولات .

والحسبة فى النظام الاسلامى ، وان كانت واجبة على كل مسلم قادر ، الا انها لا تجب الا بتفويض من ولى الامر ، لما فيها من ولاية ، وما يترتب على ابحاثها للكافة من فوضى واضطراب .

وقد فرق الفقه الاسلامى بين حقوق الله الخالصة وهى تقابل الحقوق العامة فى الانظمة المعاصرة ، وبين حقوق الفرد الخالصة ، وبين الحقوق المشتركة . واوكل الفقه الاسلامى الى المحتسب سلطة الدفاع عن النوع الاول من الحقوق ، ورفع الامر الى الحاكم فى جرائم الحدود - عدا السرقة . وفى جرائم الاعتداء على اموال الدولة والاوقاف والوصايا التى ليست لأحد . ومن ثم كان المحتسب يقوم بما يقوم به النائب العام فى انظمة اليوم (١،١) .

المطلب الثانى

دور النيابة العامة امام القضاء المدنى واجراءاته

الفرع الاول

دور النيابة العامة امام القضاء المدنى (١٢)

١٥٠ - تحديد :

اذا كان دور النيابة العامة واضحا امام القضاء الجنائى ، فهى صاحبة الاختصاص العام فى رفع ومباشرة الدعاوى الجنائية باعتبارها ممثلة للمجتمع (م ٢١ م ق) فانها تقوم ايضا بدور ادارى ، يتمثل فى اشرافها على المسجون والمحال التى تستعمل للحبس (م ٢٧ م ق) ، وعلى مأمورى الضبط القضائى (م ٢٢ م ق) ، وعلى نقود المحاكم وحصيلة الغرامات والامانات والودائع لدى المحاكم (٢٨ ، ٢٩ م ق) ، وتقوم ايضا بدور ولائى متمثل فى رعاية مصالح عديمى الاهلية

(١١) انظر تفصيلا لذلك ، مؤلفنا - النظام القضائى الاسلامى ، بند ٨٠ ص ٢٣٦ وما بعدها . وكذلك بند ٢٨ ص ١٠٣ من المؤلف ذاته .
(١٢) انظر نجيب بكير - رسالة للدكتوراه عن دور النيابة العامة فى قانون المرافعات - جامعة عين شمس ، ١٩٧٤ .

والغائبين والتحفظ على أموالهم والاشراف على ادارتها (٩٦٩ مرافعات سابق وما زالت سارية المفعول حتى الآن) .

اما بالنسبة للخصومة المدنية فتؤدى النيابة دورها بأحد طريقين ،
اما بطريق الادعاء والدفاع واما بطريق التدخل أو ابداء الرأى .

١٥١ - أولا : طريق الادعاء والدفاع par voie d'action au de défense

١ - الدعوى :

يعطى المشرع للنّيابة العامة سلطة الادعاء فى الخصومات المدنية فى حالات محددة على سبيل الحصر ، ويكون للنّيابة العامة الحق فى رفع الدعوى المدنية طالبة الحماية القضائية للمصلحة التى يريد المشرع حمايتها ، وعلى هذا تنص المادة ٨٧ مرافعات . وتعتبر النيابة فى هذه الحالة خصما حقيقيا partie principale فى الدعوى لها كل حقوق الخصم وعليها كل واجباته ، وهى لا تحل بذلك محل الشخص الذى لا يستطيع مباشرة الدعوى ، انما تقوم بها تأكيدا منها لموظيفتها الأساسية فى الدفاع عن الصالح العام . ويلاحظ أن النيابة لا تملك رفع الدعوى المدنية الا فى الحالات التى يجيز لها المشرع ذلك ، كالحالات المنصوص عليها فى المادة ١٩٦ تجارى والخاصة برفع دعوى شهر الافلاس ، والمادة ٦٦ من القانون المدنى والخاصة بحل الجمعيات وغيرها .

ويمكن أن تقف النيابة العامة أمام القضاء المدنى كمدعى عليها وذلك عندما يقوم الفرد بالاعتراض على قرار أصدرته النيابة العامة بموجب سلطتها الولائية (١٣) .

وهى كخصم حقيقى فى الدعوى ، يكون لها الحق فى ابداء الطلبات والدفع ، واتخاذ كافة الاجراءات ومباشرتها ، وتقديم المذكرات وأدلة

الاثبات ، كما أنها تعلن بالأوراق ، ويكون لها الحق فى الطعن فى الأحكام الصادرة فى الدعاوى المرفوعة منها أو عليها ، إذا لم يقض لها بكل أو بعض طلباتها ، ويكون ترتيبها فى المرافعة بحسب وضعها فى الدعوى ، وكذلك لا يمكن ردها أو مخاصمتها (١٤) لأنه لا يجوز رد أو مخاصمة الخصوم . وإذا كانت النيابة خصما بهذا المعنى فينبغى أن يحكم عليها بمصروفات الدعوى إذا حكم عليها . ولكن المقرر فى الفقه الايطالى أن النيابة لا تعتبر خصما محكوما عليه ، وبالتالي لا يحكم عليها بمصروفات الدعوى . وعلة ذلك أنها وإن كانت خصما إجرائيا ، إلا أنها ليست خصما حقيقيا ، تعمل لتحقيق مصلحة شخصية ذاتية لها ، وإنما ترمى الى حماية المصلحة العامة للمجتمع (١٥) .

٢ - الطعن فى الأحكام :

تستطيع النيابة العامة أن تباشر مهمتها فى تحقيق القانون عن طريق الطعن فى الأحكام حتى ولو صدرت فى دعاوى لم تكن هى طرفا فيها وذلك فى الحالات التى يبينها القانون مثل :

- للنأيابة العامة الطعن فى الأحكام الصادرة فى الخصومات التى تكون طرفا أصليا فيها - مدعية كانت أو مدعى عليها - لأنها خصم فى الدعوى ولها كل حقوق الخصوم .

- ولها أيضا الطعن فى الأحكام الصادرة فى الخصومات التى يوجب المشرع أو يجيز تدخلها فيها ولو لم يكن قد تدخلت فيها . وذلك إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام ، وذلك لبدء رأيها إذا كان تدخلها جوازيا ، أو لابطال الحكم إذا كان تدخلها وجوبيا (م ٩٦ مرافعات) .

(١٤) رمزى سيف - ص ٨٨ - ٩١ . عبد الباسط جيمى ص ٢٤٩ ، محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ١٨٩ . أبو الوفا بند ٧٠ ص ٨٣ وما بعدها .

(١٥) ميكيللى بند ٥٩٠ ص ٢١٣ ، سلقا بند ٤٨ ص ٦٦ ، رونى ج ١

بند ٥٢ ص ١٩٤ - ١٩٥ .

- ولها أيضا حق الطعن فى الأحكام الصادرة فى حالة من الحالات التى ينص المشرع على حقها فى الطعن مثل المادة ٩٠١ من قانون المرافعات الملغى والمضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ (١٦) والتى تعطى النيابة الحق فى الطعن فى أحكام بطلان الزواج .

- للنائب العام سلطة الطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الأحكام الانتهائية - أيا كانت المحكمة التى أصدرتها - إذا كانت مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله (٢٥٠ مرافعات) . وهذا يؤكد دور النيابة العامة فى العمل على تطبيق القانون وتحقيقه . ولا يستفيد الخصوم من هذا الطعن .

١٥٢ - ثانيا : طريق التدخل : par voie de requisition

أعطى المشرع للنياية ، نظرا لحيدتها فى الخصومة ، دورا آخر تمارسه عن طريق التدخل فى الدعاوى القائمة ، باعتبارها ممثلة للمجتمع ، وتدخل النيابة فى الدعوى أما أن يكون وجوبيا عليها أو اختياريا لها . وإذا لم تتدخل النيابة فى الدعوى حيث يكون تدخلها وجوبيا يبطل الحكم الصادر فى الدعوى (٨٨ مرافعات) . ويجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ويجوز التمسك به فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى ولو كانت أمام محكمة النقض وذلك على عكس التدخل الاختيارى . ونوجز حالات تدخل النيابة فيما يلى :

١ - حالات التدخل الوجوبى :

تنص المادة ٨٨ من قانون المرافعات على أنه فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل فى الحالات الآتية والا كان الحكم باطلا .

(١٦) وهى مادة ضمن الكتاب الرابع والخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والذي لم يُلغى بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الذى أبقي هذا الكتاب ما عدا الفصل الأول من الباب الأول منه .

١ - الدعاوى التى يجوز لها أن ترفعها بنفسها ، فإذا ما رفعت من غيرها ، وجب على النيابة أن تتدخل فيها والا كان الحكم باطلا .

٢ - الطلبات والطعون أمام محكمة النقض ، وذلك نظرا لأهمية المسائل القانونية التى تثار أمام النقض .

٣ - فى الحالات الأخرى التى توجب النصوص فيها تدخل النيابة ،
مثل :

- وجوب تدخل النيابة فى مسائل الأحوال الشخصية المرفوعة الى المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف (١٧) .

- الدعاوى المتعلقة بأصل الوقف أو بإنشائه أو بالاستحقاق فيه (م ١ من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥) ، سواء كانت المنازعة مثارة أهلا فى دعوى من دعاوى الوقف أو فى دعوى مدنية (١٨) ، أما النزاع اذا تعلق بملكية جهة الوقف لأرض النزاع ، فلا يتعلق هذا النزاع بأصل الوقف ولا بمسائله . ومن ثم لا لزوم لتدخل النيابة فيه (١٩) .

- الدعاوى المتعلقة بصحة ونفاذ الوصية .

٤ - التدخل بناء على أمر المحكمة ، أجازت المادة ٩٠ من قانون المرافعات للمحكمة أن تأمر بإرسال ملف القضية الى النيابة العامة اذا عرضت فيها مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب . وفى هذه الحالة يجب على النيابة التدخل فى القضية والا كان الحكم باطلا .

(١٧) فالنيابة طرف أصيل فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية (نقض ٨٣/١/٢٥ - المجموعة ، س ٣٤ ، ص ٣٠٦) .
(١٨) نقض ١٩٨٦/١/٣٠ فى الطعن ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق ،
٨٣/٤/٢٤ ، المجموعة س ٣٤ ، ص ٢٠٨ ، ١٩٨٣/٤/١٢ ، المجموعة ،
س ٣٤ ، ص ٩٥٦ .

(١٩) نقض ١٩٨٦/٥/٨ فى الدعوى رقم ٨٥ لسنة ٥١ ق ،
١٩٨٥/١٢/١٩ فى الطعن رقم ١٤٥٧ ، ١٤٨٠ لسنة ٥١ ق ، نقض
١٩٨١/٥/٢٦ المجموعة ، س ٣١ ، ص ١٦١٨ .

ب - حالات التدخل الجوازى :

فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجوز للنياابة العامة ان تتدخل فى عدد من ادعاوى ، حددتها المادة ٨٩ مرافعات هى :

• دعاوى عديمى الاهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين .

• الدعاوى المتعلقة بالاقواف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر .

• دعاوى رد القضاء وأعضاء النياابة العامة ومخاصمتهم .

• دعاوى الصلح الواقى من الافلاس .

• الدعاوى التى ترى النياابة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب العامة .

تلك هى الدعاوى التى تتدخل فيها النياابة العامة وجوبا ، أو جوازا . ومنها يتضح أن النياابة العامة لا تتدخل فى الدعاوى الوقتية ايا كانت المحكمة المرفوعة اليها ، أى سواء رفعت الى محكمة الأمور المستعجلة باجراءات أهلية ، أو رفعت الى محاكم الموضوع بطريق التبع ، وذلك لما تقتضيه طبيعة هذه الدعاوى والاستعجال فيها ، من سرعة البت فيها . ونرى اعمالا للمهدف ذاته عدم جواز ملف الدعوى الوقتية الى النياابة العامة . حتى لا يكون تدخلها واجبا (٢٠) .

والنياابة العامة ان تدخلت فى الدعوى وجوبا أو جوازا أصبحت طرفا منضمما partie Jointe ، وليست طرفا أصيلا كما فى الحالات التى ترفع الدعوى منها أو عليها .

١٥٣ - أهمية معرفة الطريق الذى تسلكه النيابة العامة فى القيام بدورها أمام القضاء المدنى :

راينا أن النيابة تمارس وظيفتها أمام القضاء المدنى بأحد طريقتين ، اما بطريق الدعوى ، واما بطريق ابداء الرأى ، وجوبا أو جوازا ، فى الخصومات القائمة أمام القضاء . ويجب الوقوف على حقيقة دور النيابة فى كل حالة ، نظرا للخلاف الكبير الذى تكون عليه النيابة وهى خصم أصلى ، وبين ذلك الذى تكون عليه وهى تقوم باداء رأبها فيما هو معروض على القضاء من منازعات عن طريق تدخلها ، فهى فى هذا الخصوص لا تعد خصما بالمعنى الفنى ، وانما تكون مجرد خصم يطلق عليه الفقه الخصم المنضم *partie Jointe* (٢١) وتظهر هذه الأهمية فيما يلى :

- اذا كانت النيابة طرفا أصليا ، فيكون لها ما للخصوم من حقوق ، وعليهم ما عليهم من واجبات ، إذ أنها بذلك تكتسب المركز القانونى للخصم بما يمنحه هذا المركز من حقوق وسلطات ، وما يلقى على صاحبه من واجبات وابعاء اجرائية . ومن ثم فيكون لها الحق فى ابداء ما تشاء من طلبات أو دفعات وتقوم بدورها كاملا فى تسيير الخصومة . أما اذا كانت النيابة قد تدخلت ، وجوبا أو جوازا ، فإن دورها يقتصر على مجرد ابداء الرأى (٢٢) فيما قدمه الخصوم الأصلاء من طلبات أو دفعات ، وليس لها أن تبدى طلبات أو دفعات لم تكن قد أبدت من الخصوم .

- والنيابة كطرف أصلى ، يكون ترتيبها فى الكلام بحسب مركزها فى الدعوى ، مدعية أو مدعى عليها ، أما ان كانت متدخلة ، فهى دائما آخر من يتكلم ، ولا يكون للخصوم بعد ابداء النيابة لرأبها الحق فى طلب الكلام ولا فى تقديم مذكرات جديدة ، وان جاز لهم تقديم بيانات

(٢١) أبو الوفا . ط ١٤ ، ص ٩٥ بند ٧٠ . عيد الباسط جيعى - مبادئ ص ٢٤٨ ، محمد وعبد الوهاب العثمانى ص ١٨٩ بند ١٤٣ . وانظر نقد هذه التسمية . فتحى والى - الوسيط ص ٣٩٥ بند ٢١٤ . ابراهيم سعد بند ١٣٦ ص ٣١٤ .

(٢٢) ابراهيم سعد ص ٣٢٠ . عيد الباسط جيعى - مبادئ ص ٢٤٩ فتحى والى - الوسيط ص ٤٠٠ .

كتاتبة لتصحیح الوقائع التى ذكرتها النيابة (م ١/٩٥) (٢٣) الا اذا فتحت المحكمة لظروف استثنائية باب المرافعة من جديد ، وتكون النيابة آخر من يتكلم أيضا بعد اعادة فتح باب المرافعة (م ٢/٩٥) .

- والنيابة كطرف أصلى ، لا ترد ولا تخاصم ، اذ لا يجوز رد ولا مخاصمة الخصوم ، اما اذا تدخلت النيابة فى الخصومة لابداء رأيها ، فهى لا تعد خصما ، ولذلك يمكن ردها ومخاصمتها فى هذا الصدد . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان النيابة كخصم حقيقى يجب أن يحكم عليها بمصروفات الدعوى اذا خسرتها . اما ان تدخلت فى الدعوى فلا تعد خصما محكوما له أو عليه ومن ثم فلا يحكم عليها بمصروفات الدعوى .

- اذا كانت النيابة العامة خصما فى الدعوى ، فيكون لها حق الطعن فى الحكم الصادر فيها ان كانت خصما محكوما عليه (المصلحة فى الطعن) . أما ان كانت متدخلة فليس لها أن تطعن فى الأحكام الا فى حالتين نصت عليها المادة ٩٦ مرافعات وهما اذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام ، واذا خول القانون النيابة حق الطعن فى الحكم رغم اعتبارها طرفا منضما مثل المادة ٩٠١ مرافعات قديم والتى ما زالت سارية حتى اليوم (٢٤) .

(٢٣) انظر فتوى والى - الوسيط ص ٤٠٠ - ٤٠١ ابراهيم سمعد ص ٣٢٠ - ٣٢١ . وانظر نقض ١٩٦٦/٣/٢٣ ص ١٧ ص ١٦٦ . أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ١٠٠ . عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٢٥٠ .
(٢٤) انظر فتوى والى - الوسيط ص ٤٠١ . ابراهيم نجيب ص ٣٢١ - ٣٢٢ نقض ١٩٦٩/٤/٩ ص ٢٠ ص ٥٨٥ . أبو الوفا ص ٨٥ عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٢٤٩ .

الفـرع الثـانى

النظام الاجرائى لتدخل النيابة واثـره

١٥٤ - كيفية تدخل النيابة العامة وسلطتها :

يوجب القانون على قلم كتاب المحكمة اخبار النيابة العامة كتابة ، بمجرد قيد الدعوى . اذا تعلقـت بحالة من الاحوال التى ينص القانون على تدخلها فيها . واذا عرضت على المحكمة اثناء نظر دعوى من الدعاوى مسألة مما تتدخل فيها النيابة ، تـامر المحكمة فى هذه الحالة باخطارها (م ٩٢ مرافعات) .

ويحصل تدخل النيابة ، وجوبا او جـوازا ، بمجرد تقديمها مذكرة برأيها فى الدعوى . فلا يوجب القانون - كاصل - حضور النيابة العامة جلسات المرافعة فى الدعاوى التى تتدخل فيها ، كما انها لا تحضر جلسة النطق بالحكم فى جميع الاحوال .

ويكون تدخل النيابة فى اى حالة تكون عليها الدعوى بشرط أن يتم ذلك قبل قفل باب المرافعة فيها (م ٩٤ مرافعات) . الا أن للنيابة الحق فى طلب مهلة سبعة ايام لتقديم مذكرة باقوالها من اليوم الذى يرسل اليها فيه ملف القضية (م ٩٣ مرافعات) .

واذا تدخلت النيابة فى الدعوى ، وجوبا او جـوازا ، فان دورها يقتصر على مجرد ابداء الرأى فيما قدمه الخصوم من طلبات ودفعو ومستندات . فلا يجوز لها تقديم طلب لم يقدمها الخصوم ولا دفع لم يثيرونها الا اذا كانت متعلقة بالنظام العام ، والنيابة لذلك آخر من يتكلم (م ٩٥ مرافعات) .

ولا يلزم أن تبدى النيابة رأيها فى كل مرحلة من مراحل الدعوى ، فان أبدت رأيها فى الدعوى قبل حـجز الدعوى للحكم ، ولم تبده بعد أن قررت المحكمة اعادة الدعوى للمرافعة من جديد ، فان ذلك لا يعيب الحكم ولا يبطله ، اعتبارا بأن عدم ابداء النيابة لرأيها بعد اعادة فتح الدعوى

للمرافعة محمول على أنها لم تجد جديدا يدعوها الى تغيير رأيها السابق
وابدأ رأى جديد (٢٥) .

١٥٥ - الجزاء على عدم تدخل النيابة :

إذا لم تتدخل النيابة فى دعوى من الدعاوى التى تتدخل فيها
وجوبا أو جوازا فى أثر ذلك ، نفرق فى هذه الحالة بين أمرين هما :

١ - إذا كان عدم تدخل النيابة راجعا الى عدم اخبارها أو اخطارها :

فان الحكم الذى يصدر فى الدعوى دون تدخل النيابة لهذا السبب يكون
باطلا ، ولو كان تدخل النيابة فيها جوازا . لان عدم اخطار النيابة فيه
تفويت الفرصة فد تدخلها ان كان وجوبيا ، أو تقدير تدخلها ان كان
جوازا . ويحصل التمسك بالبطلان الناشئ عن عدم تدخل النيابة لعدم
الاخبار فى حالات التدخل الجوازى . الخصم الذى قدر المشرع حمايته
بتدخل النيابة (٢٦) ، فليس لغيره التمسك به .

٢ - عدم تدخل النيابة يرجع اليها هي :

إذا أخطرت النيابة بالدعاوى التى قيدت أو أثبرت . متى كانت من
الدعاوى التى تتدخل فيها ، وجوبا أو جوازا ، ومع ذلك لم تتدخل
النيابة فيها . فان الحكم يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام (٢٧)

(٢٥) نقض ١٩٧٨/١١/١ فى الدعوى رقم ٢ لسنة ٤٧ ق . أحمد
أبو الوفا ، ط ١٤ ، ص ١٠٠ .

(٢٦) نقض ١٩٨٥/١١/١٧ فى الدعوى رقم ١٨٨٢ لسنة ٥١ ق ،
ولا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض لأن عدم إثارته أمام محكمة
الموضوع يفيد التنازل عنه (نقض ١٩٨٤/٥/٢٤ ، فى الدعوى رقم ١٦١٥
لسنة ٥٠ ، ٦٨/٦/٢٠ س ١٩ ، ص ١٩٠٢) .

(٢٧) نقض ١٩٨٦/١/٣٠ فى الطعن ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٣/١٢/٤
فى الطعن رقم ٥١ لسنة ٥٠ ق ، ٧٧/١١/٣٠ ، المجموعة ، س ٢٨ ،
ص ١٧٢٩ .

إذا كان صادراً في دعوى يوجب القانون تدخل النيابة فيها ، وبالتالي يكون لأي خصم في الدعوى التمسك به ، بل وتفضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الطاعن به ، بل وبالرغم من معارضته له (٢٨) .

ولا يترتب البطلان على صدور الحكم في دعوى مما تتدخل فيها النيابة جوازاً ، بغير تدخلها .

- ٢٥٢ -

المبحث الثانى

أعوان القضاة

١٥٦ - تحديد :

بعاون القضاة فى أداء رسالته طائفتان : طائفة من موظفى المحاكم ،
وأخرى من غير موظفيها .

المطلب الأول

أعوان القضاة من موظفى المحاكم

١٥٧ - تحديد :

لا يعمل القاضى بمفرده فى المحكمة ، وإنما يعاونه فى أداء وظيفته
عدد من موظفى المحكمة ، يشكلون فى مجموعهم الجهاز الإدارى
للمحكمة . وقد حدد القانون قواعد خاصة لتعيينهم وترقيتهم وتحديد
وظائفهم وغيرها (المواد ١٣١ وما بعدها من قانون السلطة
القضائية) ، وهم :

١ - الكتبة : Les greffiers

وهم مجموعة من الموظفين يكونون فى ما يسمى بقلم كتاب المحكمة
الذى يرأسه كبير الأمناء ويتكون من رؤساء الأقسام وأمناء السر والكتبة .
ومهمة هؤلاء الموظفون استلام صحف الدعاوى والطعون وقيدتها وتقدير
الرسوم عليها وتحصيلها ، وحضور الجلسات وتحرير محاضرها وكتابة
الأحكام والتوقيع عليها واستخراج صورها التنفيذية والرسومية ، وحفظ
الملفات واستخراج الشهادات منها .

٢ - المحضرون : Les huissiers

وهم طائفة من الموظفين يلحقون بكل محكمة ابتدائية يكونون
مكتباً يطلق عليه « قلم المحضرين » يرأسه كبيرهم ، ويوجد لهذا القلم
فروع فى المحاكم الجزئية ، يتولى إعلان الأوراق القضائية كافة ، بناء
على طلب الخصوم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة (م ٦ مرافعات) ، كما

يقوم المحضرون بتنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية ، وتوقيع الحـجـوز التحفظية .

هذا وقد أطلق قانون السلطة اصطلاح « معاون قضائى » على من يعمل فى قلم المحضرين من الحاصلين على ليسانس الحقوق ، و « امين السر » على من يعمل بقلم الكتاب من حاملى الشهادة المذكورة .

٣ - المحضرون : Les Traducteurs

إذا كانت لغة المحاكم هى اللغة العربية (م ١٩ م ق) ، وكان من الممكن أن يكون خصما أمامها أحد الأجانب الذى لا يعرف اللغة العربية ، فمن الطبيعى أن يوجد المشرع وسيلة لنقل أقوالهم ومستنداتهم الى العربية ولهذا: تنص المادة ١٥٦ من قانون السلطة القضائية على أن « يلحق بكل محكمة العدد اللازم من المترجمين » يقومون بنقل أقوال الخصوم أو الشهود الى العربية بعد حلف اليمين .

هذا وقد حدد قانون السلطة واجبات العاملين بالمحاكم فى المواد ١٥٨ وما بعدها ، وكذلك قواعد تاديبهم فى المواد ١٦٤ - ١٦٩ . وقد ألزمهم قانون المرافعات بالا يباشروا عملا يدخل فى حدود وظيفتهم فى الدعاوى الخاصة بهم أو بأزواجهم أو إقاربهم أو أصهارهم للدرجة الرابعة ولا كان العمل باطلا (م ٢٦ مرافعات) .

المطلب الثانى

اعوان القضاة من غير العاملين بالمحاكم

١٥٨ - تحديد :

يعاون القضاء فى أداء رسالته طوائف أخرى ، تقدم له عوناً صادقاً ، بالرغم من أنها ليست من بين موظفى المحاكم حيث أن طائفة منها تمارس مهنة حرة أمام المحاكم وغيرها مثل طائفة المحامين ، وأن طائفة أخرى تمارس عملاً فنيا تقدمه للمحاكم . رغم أن أفرادها لا يعملون بالمحاكم ، وإن كان بعضهم يعمل موظفاً عمومياً فى جهات أخرى . وهذه الطائفة هم الخبراء . ونلقى جانباً من الضوء على الدور الذى يقوم به المحامون والخبراء أمام المحاكم .

الفرع الأول

المحامون

١ - الاستعانة بالمحامين

١٥٩ - أهمية الاستعانة بالمحامين :

لا يكفى لمباشرة بعض الدعاوى واتخاذ الأعمال الاجرائية فى خصوماتها مجرد توافر الاهلية الاجرائية للخصم ، ولا التمثيل القانونى له ، وانما تطلب المشرع لمباشرتها أن يتولاها شخص - نيابة عن الخصوم - تتوافر فيه كفاءة معينة فى فهم القانون وقواعده . وهذا الشخص هو المجامى أو المحامين *Les avocats* . ويطلق الفقه الايطالى على هذه النيابة - التمثيل الفنى *rappresentanza tecnica* (٢٩) ، والفقه المصرى « الوكالة بالخصومة » (٣٠) .

والوكالة بالخصومة فى نظامنا لا تكون الا للمحامين ، واستثناء للازواج والاقارب والاصهار الى الدرجة الثالثة أمام قضاء الدرجة الاولى . فلا تصح الوكالة بالخصومة لغير المحامين أمام قضاء الدرجة الثانية وما فى مستواها ، وكذلك أمام النقض والادارية العليا .

ويساعد المحامى الخصم فى الدفاع عن مصالحه وتقديم المشورة الفنية له ، وفى الوقت نفسه يعاون القضاء فى عرض الوقائع عرضاً فنياً منظماً ، وبيان أساس الدعوى والاسانيد التى يستند اليها الخصوم ، مما يسهل على القضاء الفصل فى الدعاوى . وهذا الدور المزدوج الذى يلعبه المحامى هو الذى أدى الى اختلاف الفقه حول طبيعة عمل المحامى ، فمن رأى أن المحامى يقوم بخدمة عامة فى مرفق القضاء ، ومن قال بأن

(٢٩) ميكيللى - ج ١ ، بند ٥٣ ، ص ١٨٤ ، رينتى ، ج ١ ، ص ٤٩ ،
ص ١٧٣ . كوستا وبيرو ، بند ١٢٥ ، ص ١٧٤ .
(٣٠) جميعى ، مبادئ ، ص ٢٥٧ ، فتحى والى - الوسيط ، بند ٢٠٠

المحامى يقوم بمهمة معينة مقابل اتعاب يتقاضاها ، فهو لا يعدو أن يكون مقاولا ، ومن قال بأن المحامى مجرد وكيل عن الخصم (٣١) .

والوكالة بالخصومة قد تكون وكالة عامة مطلقة ، تشمل كل ما يرفع من أو على الموكل ، وقد تكون وكالة خاصة بخصومة معينة ترفع من الموكل أو عليه أو حتى بمرحلة واحدة من خصومة محددة .

١٦٠ - حالات الاستعانة بالمحامين فى غير المسائل الجنائية :

إذا كان الأصل أن الاستعانة بالمحامين واجبة أمام القضاء الجنائى ، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للمواد المدنية وغيرها ، فالأصل فيها أنها اختيارية ، فللخصوم الحق فى الحضور أمام المحاكم ، بأنفسهم أو بمن يمثلونهم . إلا أن المشرع قد أوجب الاستعانة بالمحامين فى المواد المدنية فى حالات معينة هى :

١ - توقيع صفح الدعاوى :

يجب أن تكون صفح الدعاوى وطلبات أوامر الأداء المقدمة الى المحاكم الابتدائية والادارية موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية ، أو الى المحاكم الجزئية متى جاوزت قيمتها خمسين جنيها (م ٥٨ محاماة) وكذلك يجب أن تكون صفح الدعاوى التى ترفع الى محاكم مجلس الدولة ، محكمة القضاء الادارى موقعة كذلك من محام مقبول للمرافعة أمام هذه المحاكم .

٢ - توقيع صفح الطعون :

كما أوجب القانون أن تكون جميع صفح الطعون على اختلافها - موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة المرفوع اليها الطعن .

(٣١) انظر فى عرض هذا الخلاف ابراهيم سعد ، ص ٣٢٣ وما بعدها ، فتحى والى ، الوسيط - ص ٣٦٧ . سوليس وبيرو ج ١ ص ٩٤٤ . طلبية وربة خطاب ، المسئولية المدنية للمحامى ، ١٩٨٦ ، ص ٢٧ ، نور شحاته - استغلال المحاماة ، ص ١٣٩ .

فجميع صحف الطعون المرفوعة الى محكمة النقض يجب أن تكون موقعة من محام مقبول للمرافعة أمامها (م ٢٥٣ مرافعات ، م ٥٨ / ١ محاماة) وكذلك المذكرات والمستندات التي تودع باسم الخصم . ويجب ايداع قلم كتاب المحكمة سند توكيل المحامي الموكل في الطعن (٣٢) ، وكذلك سند توكيل من قام بتوكيل المحامي عن الطاعن (٣٣) . وذلك عند التقرير بالطعن بالنقض أو أثناء نظره الى ما قبل قفل باب المرافعة فيه .

كما يجب أن تكون صحف الطعون المقدمة الى المحكمة الادارية العليا (م ١/٥٨ محاماة) ، والى المحكمة الدستورية العليا موقعة من محام مقبول للمرافعة أمامها (م ٣٤ ق المحكمة الدستورية العليا) .

كما يجب أن تكون صحف الطعون بالاستئناف موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم المرفوعة اليها هذه الطعون (م ٢/٥٨ محاماة) .

(٣٢) وقد ترددت محكمة النقض في تحديد الجزاء المترتب على عدم ايداع سند الوكالة بالنقض حتى اقفال باب المرافعة ، فذهبت في كثير من احكامها على عدم قبول الطعن في هذه الحالة (انظر نقض ٨٧/٥/٧ في الطعن ٣٦٨ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٣/١٥ في الطعن ١٥١٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٣/٥ في الطعن ١٠٨٠ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/٢/٢٥ في الطعن ١٠٢٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١٢/٣ في الطعن ٢١٨٩ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١/٨ في الطعن ١٥٥٩ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١١/٢٧ في الطعن ١٣٧٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١٢/١٧ في الطعن ٢٠ لسنة ٥٣ ق ، والطعن ١٧٩٤ لسنة ٥١ ق) . في حين ذهبت في احكام اخرى الى بطلان الطعن (٨٧/٦/١٠ في الطعن ٤٠٣ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٢/١٥ في الطعن ١٩٤٧ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/١/١١ في الطعن ٥٣١ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١٢/٢٨ في الطعن رقم ٢٠٨٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٥/١١/٧ في الطعن ٢٩٤ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٥/١٠/٣١ في الطعن ٢٣١٣ لسنة ٥١ ق) .

(٣٣) والا كان الطعن غير مقبول لانتفاء الصفة (نقض ١٩٨٧/١٢/١٣ في الطعن ١٨٢٨ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٧/٥/٦ في الطعن ١٨٢٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٤/٢٣ في الطعن ١٤١١ لسنة ٥٥ ق ، ١٩٨٧/٤/٢٢ في الطعن ٧٢٧ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/٤/٩ في الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/٢/١٨ في الطعن ١٣٠ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/١/٢ في الطعن ٢٣٠٩ لسنة ٥٢ ق) .

٣ - الحضور أمام بعض المحاكم :

لم يستلزم القانون فقط مجرد توقيع المحامي على صفح الدعاوى والطعون ، ولكنه استلزم - فى بعض المحاكم - حضور المحامي أمامها ، بحيث لا يغنى حضور الخصوم وحدهم عن حضور المحامي . ومن هذه المحاكم ، محكمة النقض .

١٦١- الجزاء المقرر على مخالفة القواعد المقررة للاستعانة

بالمحاميين :

رتب المشرع البطلان جزاء على عدم توقيع صسحف الدعاوى أو الطلبات أو الطعون من محام مقبول للمرافعة أمام المحاكم المرفوعة اليها هذه النصحف ، وهو بطلان متعلق بالنظام العام ، تملك المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها وتجوز اثارته فى أى وقت (٣٤) ، ولا يسقط الحق فى التمسك به بالتكلم فى الموضوع (٣٥) . وان كان من الممكن تصحيح هذا البطلان ، ولكن فى درجة التقاضى ذاتها التى استلزم توقيع المحامى على صسحفتها (٣٦) .

وقد وصل الامر بالبعض الى القول بأن حضور الخصم نفسه الجلسة دون حضور محاميه حيث يوجب القانون حضوره ، لا اثر له ، ويعامل معاملة الخصم الغائب (٣٧) .

-
- (٣٤) نقض ١٩٨٧/١/٤ فى الطعن ٢٤٩٢ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ فى الطعن رقم ٢١٤٩ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٤/٦/٧ فى الطعن ٢١٢٧ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٢/٥/٢٥ فى الطعن ١٥٧٢ لسنة ٤٨ ق ، ١٩٧٥/١٢/٣١ ، س ٢٦ ، ص ١٧٤٢ ، نقض ١٩٦٧/٥/٣١ المجموعة ، س ١٨ ، ص ١١٨ . ولكن لا تجوز اثارته أمام محكمة النقض لأول مرة (نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ ، س ٢٠ ، ص ٨١٥) . عكس ذلك نقض ١٩٨٤/٣/١٥ فى الطعن رقم ١١٩٧ ، س ٥٠ ق .
- (٣٥) نقض ١٩٨٣/٣/٩ س ٣٤ ، ص ٦٦١ ، ١٩٨٣/١/٢٣ ، س ٣٤ ، ص ٢٤٩ .
- (٣٦) نقض ١٩٨٣/١/٢٣ ، س ٣٤ ، ص ٢٩٤ .
- (٣٧) كوسفا ، بند ١٠٢٥ ، ص ٣٧٥ .

وإذا كان توقيع المحامى على أصل صحف الطعون وصورها ، أمرا لازما ، فإن المشرع لم يحدد مكانا لهذا التوقيع ، فقد يرد أولها أو فى نهايتها (٣٨) . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى لا يلزم هذا التوقيع على صحف تعجيل الدعوى أو الطعن بعد الوقف أو الانقطاع (٣٩) .

٢ - مزاوله مهنة المحاماة ومضمونها

١٦٢ - مزاوله مهنة المحاماة :

مهنة المحاماة مهنة حرة ينظمها القانون ويجيز للمحامين بمساعدة المتقاضين وإبداء النصح اليهم ، ومباشرة اجراءات الخصومة عنهم أمام المحاكم بطريق الوكالة ، وكفالة حق الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم .

وينظم مباشرة هذه المهنة قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ والذي حل محل القوانين رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ .

ويزاول مهنة المحاماة وأعمالها المحامون أصحاب المكاتب الحرة بالوكالة عن الغير ، والمقيدين بجدول المحامين المختلفة . كما يزاول هذه المهنة وأعمالها عن الهيئات العامة وشركات القطاع العام ، محامو القطاع العام وأعضاء الادارات القانونية بها (قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ فى شأن الادارات القانونية فى المؤسسات والهيئات العامة والوحدات التابعة لها) ، علما بأنه لا يجوز لمحامى هذه الادارات مزاوله أعمال المحاماة لغير الجهة التى يعملون بها والا كان العمل باطلا (م ٨ من قانون المحاماة الجديد) (٤٠) . وأن هذه الادارات هى صاحبة الصفة - كاصل - فى

-
- (٣٨) نقض ١٩٨٤/١/٥ فى الطعن ٦٠٦ لسنة ٥٠ ق .
(٣٩) نقض ١٩٨٣/٦/٣٠ ، الطعن رقم ٢٤٢٠ وأخرى لسنة ٥٢ ق .
(٤٠) وكانت محكمة النقض قد أجازت ب فى ظل قانون المحاماة الملغى رقم ١٩٦٨/٦١ لمحامى الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية ممارسة مهنة المحاماة أصالة عن أنفسهم ، ووكالة عن الغير ، ولا يترتب على ذلك بطلان (نقض ١٩٨٧/٢/١٧ فى الطعن رقم ١٠٧٤ ، ١١٠٦ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٧٩/٦/١٢ فى الطعن رقم ٨٥ لسنة ٤٣ ق .

مباشرة الدعاوى نيابة عن المؤسسات التابعة لها أو الوحدات الاقتصادية .
ولا يجوز تغييرها القيام بذلك الا استثناء ويتفويض خاص من مجلس
ادارتها ، والا كان الطعن غير مقبول (٤١) .

ويزال أعمال المحاماة عن الحكومة وغيرها من أجهزة الدولة
ومصالحها أعضاء هيئة قضايا الدولة الذى ينظم أمورهم القانون رقم ٧٥
لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٦ . وقد نصت المادة
السادسة منه أن هيئة قضايا الدولة « تنوب عن الدولة بكافة شخصياتها
الاعتبارية العامة (٤٢) » ، فيما يرفع منها أو عليها من قضايا لدى المحاكم
على اختلاف أنواعها ودرجاتها ولدى الجهات الأخرى التى خولها القانون
اختصاصا قضائيا ، وتسلم صور الاعلانات الخاصة بصحف الدعاوى بصحف
الطعون والأحكام المتعلقة بتلك الجهات . . ، ولرئيس هيئة قضايا الدولة
أو لمن يفوضه أن يتعاقد مع المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم فى
مباشرة دعوى خاصة باحدى الشخصيات الاعتبارية العامة أمام المحاكم
الأجنبية » .

ومن المقرر أن أعضاء هيئة قضايا الدولة يباشرون مهمتهم بالرغم من
عدم قيدهم فى جداول المحامين المشتغلين .

ويحدد قانون المحاماة شروط مزاوله مهنة المحاماة وجداول القيد
بها .

(٤١) نقض ١٩٨٧/٦/١٤ فى الطعن ١٩٧٠ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/٣/١
فى الطعن ٥٩١ لسنة ٥٥ ق ، ١٩٨٧/٢/١٥ فى الطعن ٢٠١٠ لسنة ٥٥ ق ،
١٩٨٧/٢/٢٦ فى الطعن ٦١٥ لسنة ٥٦ ق ، ١٩٨٧/٤/٢٤ فى الطعن
٤٦ لسنة ٥٥ ق .

(٤٢) ولا يجوز لأعضاء هيئة قضايا الدولة مباشرة الدعاوى وأعمال
المحاماة لغير الدولة بأجهزتها العامة ، ومن ثم لا صفة لهم فى مباشرة أعمال
المحاماة لحساب شركة من شركات القطاع العام (نقض ١٩٨٤/٣/٢١ فى
الطعن ٥٩٤ لسنة ٣٤ ق) . كما أن توقيع محامى قضايا الحكومة على صحيفة
دعوى خاصة من شأنه أن يرقب بطلان صحيفة هذه الدعوى (نقض
١٩٨٣/١/١٣ المجموعة ، س ٣٤ ، ص ٢٩٤) .

١٦٢ - مضمون مهنة المحاماة :

تتمثل مهنة المحاماة فى نظامنا ليس فقط فى الدفاع عن الخصم ، بل فى مباشرة الخصومة بأجراءاتها المتعددة ، بدءا من رفع الدعوى وانتهاء باستلام صورته وإعلانها وقبض الرسوم والمصاريف ومرورا بكل إجراءات تسيير الخصومة . كل ذلك بغير إخلال بما أوجب القانون فيه تفويضا خاصا . وكل قيد يرد فى سند التوكيل على خلاف ما تقدم لا يحتج به على الخصم الآخر (م ٧٥ مرافعات) .

فضلا عن أن موطن الوكيل بالخصومة (المحامى) - يعتبر بمجرد صدور التوكيل معتبرا فى إعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى (م ٧٤ مرافعات) (٤٣) . وأن كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يعد بمثابة ما يقرره الوكيل نفسه الا اذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة (م ٧٩ مرافعات) .

على أن هناك أمورا لا يكفى فيها سند التوكيل العام ، بل يلزم للقيام بها تفويض خاص . اذ لا يجوز للوكيل بالخصومة - بغير تفويض خاص - الإقرار بالحق المذعى به ، ولا التنازل عنه ، ولا الصلح ولا التحكيم فيه ، ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ، ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ، ولا رفع الحجز أو ترك التأمينات مع بقاء الدين ، ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القضاى ومخاضته ولا رد الخبر ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضا خاصا (م ٧٦ مرافعات) .

ويلاحظ من هذا النص أن كل الحالات التى تضمنها انما تعد تصرفات قانونية يجب أن تصدر من صاحبها أو ممن يفوضه فيها تفويضا خاصا ، نظرا لأهمية وخطورة الآثار القانونية المترتبة على القيام بأى منها .

(٤٣) حيث أن مكتب المحامى يعتبر موطنا مختارا للخصم فى درجة التقاضى الموكل فيها (نقض ١٩٨٧/٤/٢٢ فى الطعن ١٧٧٢ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/٥ فى الطعن ٢٢٨ لسنة ٥٢ ق .

ولم يشترط المشرع أن يكون الوكيل بالخصومة محام واحد ، فقد يتعدد الوكلاء بالخصومة فى خصومة واحدة عن شخص واحد ، بقصد تبادل الراى والمشاورة بينهم فيما يجب اتخاذه فى القضية . ومع ذلك يجوز لأىهم الانفراد بالعمل فى القضية واتخاذ الاجراءات فيها بمفرده وذلك ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص خاص فى سند التوكيل (م ٧٧ مرافعات) . بل يجوز للمحامى - أن كان واحدا - أن ينيب غيره من المحامين فى القيام بما هو ملزم بالقيام به ما لم يكن ممنوعا من الانابة صراحة فى التوكيل (م ٧٨ مرافعات) . كما أن اعتزال الوكيل أو عزله لا يحول دون سير الاجراءات فى مواجهته الا اذا أعلن الخصم بتعيين بدلا له أو بعزم الموكل على مباشرة الدعوى بنفسه .

وللمحامين نقابة عامة واحدة - مقرها مدينة القاهرة . تضمهم ، وتقوم على شئونهم وترعى مصالحهم ، وتتولى ارساء تقاليد المهنة ، وتنشئ جداول مختلفة لقيد المحامين بها ، ويقوم بتمثيلها نقيب المحامين ولها نقابات فرعية تشكل فى دائرة كل محكمة ابتدائية ، يكون لكل منها شخصيتها الاعتبارية فى دائرة اختصاصها .

٣ - حقوق المحامين وضمناتهم وواجباتهم

١٦٤ - حقوق المحامين :

حتى تؤدي مهنة المحاماة اداءا حسنا ، لابد من الاعتراف للمحامى بحقوق وضمنات تكفل له استقلاله (٤٤) وحريته فى اداء رسالته . من هذه الحقوق ما يلى :

- حق المحامين وحدهم (٤٥) فى التوكيل بالخصومة ومزاولة أعمال المحاماة أمام مختلف الجهات القضائية وسلطات التحقيق والحضور أمامها (م ١٣٢ من ق ، ٣ محاماة) .

(٤٤) انظر فى استقلال المحاماة ، محمد نور شحاته - استقلال المحاماة وحقوق الانسان - دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٧ ص ١١٠ وما بعدها . (٤٥) الا للأزواج والأخارب والأصهار الى الدرجة الثالثة أمام محاكم الدرجة الثالثة (م ٧٢ مرافعات والمادة ١٣٢ من قانون السلطة القضائية) علما بأن قانون المحاماة الجديد قد جاء خلوا من هذا الاستثناء ، عكس ما كان عليه الأمر فى قانون المحاماة الملغى .

- حق المحامين فى الاطلاع على التحقيقات والدعاوى والاوراق القضائية والحصول على البيانات المتعلقة بها ومسودة الاحكام (م ٥٢ محاماة ، ١٧٧ مرافعات) .

- حق المحامين فى اختيار الوسيلة الملائمة لعرض دفاعه ، شفاهة او كتابة فى مذكرات يقدمها (م ٤٧ محاماة) .

- حق المحامين فى قبول أو رفض الوكالة بالخصومة أو القيام بعمل أو اجراء (م ٤٨ محاماة) دون ابداء الاسباب الا فى الحالات التى يلزمه القانون بقبولها ، كما فى حالات النذب والتكليف من قبل المحكمة أو القابة .

- حق المحامى فى اذابة غيره من المحامين - دون توكيل منه - فى المرافعة أو الحضور فى الدعوى الموكل هو فيها ، ما لم يكن ممنوعا من ذلك صراحة فى التوكيل (م ٧٨ مرافعات ، ٥٧ محاماة) .

- حق المحامى فى الحصول على مقابل أتعابه عن الاعمال التى يقوم بها لحساب الخصم والمحددة باتفاقهما ، أو بقرار من النقابة الفرعية بناء على طلب المحامى أو موكله اذا لم تكن محددة . وكذلك استيفاء النفقات والمصاريف التى أنفقها لحساب الموكل (م ٨٢ محاماة) .

كما كفل القانون مجموعة من الضمانات للمحامين تكفل لهمم الاستقلال والحرية فى أداء المهنة ، منها عدم جواز القبض على المحامى أو حبسه احتياطيا عن جرائم السب والقذف والاهانة بسبب أقوال أو كتابات صدرت عنه بسبب ممارسة المهنة أو اثناء تأديته لها . كما لا تملك المحكمة اثناء الجلسة اخراج المحامى منها اذا أخل بنظامها أو الحكم بحبسه أو بفرض غرامة عليه أو القبض عليه بسبب ارتكابه جنحة أو جناية اثناء انعقاد الجلسة . وكل ما للمحكمة فى هذا الخصوص هو تحرير محضر بالواقعة ورفعها الى النيابة العامة (المواد من ٤٨ ، ٤٩ وما بعدها من قانون المحاماة) (٤٦) .

(٤٦) انظر تفصيلا نور شحاته - استقلال المحاماة ص ١٧٠

وما بعدها .

وكذلك عدم جواز القبض على محام أو تفتيش مكتبه إلا بمعرفة أحد رجال النيابة العامة وبعد إخطار مجلس النقابة ، كما يجب إخطار مجلس النقابة قبل الشروع فى تحقيق أية شكوى ضد محام بوقت كاف مناسب وللنقيب أو رئيس النقابة الفرعية أن يحضر هو أو من ينوبه من المحامين التحقيق اذا كان المحامى متهما بجناية أو جنحة خاصة بعمله (م ٢/٥١) كما لا ترفع الدعوى الجنائية فيها الا بأمر من النائب العام أو من ينوب عنه من المحامين العاملين الأول (م ٥٠ - ٥١ محاماة) . وأيضا عدم جواز الحجز على مكاتب المحامين ومحتوياته كافة (م ٥٤ محاماة) .

١٦٥ - واجبات المحامين وتاديبهم :

إذا كان للمحامين حقوق و ضمانات كثيرة تكفل لهم استقلالهم وحريتهم فى أداء رسالتهم ، فانه لا شك عليهم واجبات يلتزمون بها والا كانوا محلا للمساءلة التأديبية . وهذه الواجبات هى :

- المحافظة على مبادئ الشرف والتزام تقاليد المهنة وآدابها .

- الامتناع عن مساعدة خصم موكله فى ذات النزاع أو فى نزاع مرتبط به ولو كان من قبيل الشورى حتى لو كان قد تنحى عن الوكالة (م ٨٠ محاماة) .

- لا يجوز للمحامى أن يمثل مصالح متعارضة (م ٨ محاماة) ، كما لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع عليها مباشرة أو باسم مستعار .

- الالتزام بعدم افشاء أسرار المهنة .

- الامتناع عن سب الخصوم وذكر ما يمس اليهم أو اتهامهم بما يمس شرفهم أو كرامتهم (م ٦٩ محاماة) كما لا يجوز للمحامى أن يدلى بتصريحات أو بيانات عن القضايا المنظورة التى يتولى الدفاع فيها (م ٧٠ محاماة) .

- لا يجوز للمحامى أن يكون له أكثر من مكتب واحد فى الجمهورية كلها ، وأن يكون مكتباً لائقاً بالمهنة (م ٧٤ محاماة) .

- الالتزام برد الأوراق والمستندات الأصلية الى الموكل عند انتهاء الوكالة وكذا النقود التى حصل عليها لموكله مع عدم الاخلال بحقه فى حبسها استيفاء لآلتعابه .

- عدم الجمع بين المحاماة والأعمال الأخرى التى نصت عليها المادة ٥٢ وهى رئاسة السلطة التشريعية والوزارة والوظائف العامة أو الخاصة الدائمة أو المؤقتة (*) ، والاشتغال بالتجارة وغير ذلك من الأعمال التى تتنافى مع استقلال المحامى أو لا تتفق مع كرامته .

- عدم ممارسة المحاماة عن طريق الدعاية أو الترغيب أو استخدام الوسطاء (م ٧١) وعدم قبوله الوكالة فى دعوى أو شكوى مقدمة ضد زميل له الا بعد اذن النقابة (م ٦٨ محاماة) (٤٧) .

وإذا أخل المحامى بأى من هذه الواجبات فإنه يكون محلاً للمساءلة التأديبية من جانب النقابة التى تختص بتوقيع عقوبة الانذار ، أو من مجلس تأديب المحامين المشكل تشكيلاً خاصاً ، والذى يملك توقيع عقوبات اللوم أو المنع من مزاولة المهنة لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو محو الاسم نهائياً من جدول المحامين ، وترفع الدعوى التأديبية من النيابة العامة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب مجلس النقابة أو رئيس إحدى المحاكم ويكون للمحامى حق الطعن فى قرارات مجلس التأديب على النحو المنصوص عليه فى قانون المحاماة (المواد ٩٨ - ١١٩ محاماة) (٤٨) .

(*) عدا أساتذة القانون بالجامعات المصرية .

(٤٧) ولا يترتب على مخالفة هذا الواجب الأخير بطلان الحكم وإنما جواز المساءلة التأديبية نقض ١٩٧٩/١/٨ فى الطعن ٥٩٧ لسنة ٤٤ قضائية .

(٤٨) انظر فى تفاصيل تأديب المحامين عبد الباسط جبري - مبادئ ص ٣٨٣ وما بعدها نظرية الاختصاص ص ٢٥٧ - ٢٨٩ . ابراهيم سعد - ص ٣٢٢ وما بعدها .

المطلب الثاني

الخبراء

les experts

١٦٦ - ضرورة الاستعانة بالخبراء :

إذا كان المفروض علم القاضى بالقانون وقواعده ، فليس من العدل افتراض علم القاضى بكافة فروع العلوم المختلفة ، علما أكيدا والمأما تاما بكل جوانبها حتى يتمكن من الفصل فيما قد يعرض عليه من منازعات تتعلق بهذه الفروع ، لأن ذلك ولا شك يعد تكليفا بما لا يستطاع . ولهذا كان لابد من الاستعانة بالخبراء فى مختلف العلوم والفنون لاجلاء ما خفى على القاضى وما أشكل عليه . ولهذا نرى أن كل التشريعات الحديثة تنظم الخبرة أمام المحاكم وتجزئ لها الاستعانة بآراء الخبراء المتخصصين وفى هذا تنص المادة ٦١ مرافعات ايطالى والمادة ١٣٥ من قانون الاثبات المصرى الجديد على انه للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بنذب خبير واحد أو ثلاثة ، أما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ، والاستعانة بالخبراء جوازية للمحكمة ، فلها أن ترفض ندب خبير ولو طلب ذلك الخصوم (٤٩) . وتحدد المحكمة مهمة الخبير ، وما ينتهى اليه الخبير

(٤٩) طالما أن رفضها كان قائما على أساس يبرره (نقض ١٩٨٧/٦/٩ فى الطعن رقم ١٦٠٥ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٧/٣/١٢ فى الطعن ٢٣٥٢ لسنة ٥٢ ق - فلا تلتزم المحكمة أصلا بنذب خبير متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها منها ، وعدم أشارتها اليه فى حكمها يعتبر قضاء ضمينا برفضه (نقض ١٩٨٦/١٢/٣١ فى الطعن ٩٧٩ لسنة ٥١ ق ، وفى الطعن ١٠٤٠ لسنة ٥٣ ق) . كما لا تلتزم المحكمة بنذب خبير آخر مرجح متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها (نقض ١٩٨٧/٢/٢٦ فى الطعن ٢٣١ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/١/٢٨ فى الطعن ٦٥٦ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/١٢/٢ فى الطعن ٢٥١٣ لسنة ٥٢ ق) . فإذا كانت الاستعانة بالخبراء جوازية للمحاكم ، الا انها وجوبية عليهم فى لحوال معينة ، إذا تعلق الأمر بمسائل فنية بحتة لا تعتبر من قبيل المعلومات العامة ، والتي لا يعلمها الا أهل الخبرة . فان قضى فيها القاضى فعليه أن يفصح عن مصدر علمه بها من أوراق الدعوى (فتوى والى - الوسيط ص ٦٤٠) .

يظل أمرا استشاريا للمحكمة لها أن تأخذ به ولها ألا تأخذ به ، إذ أن التقدير النهائي يظل للمحكمة ، وعليها وحدها القيام به (٥٠) .

وتختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة أو إذا اتفق الخصوم على اختيار خبيرا أو ثلاثة ، أقرت المحكمة اتفاقهم (١٣٦ اثبات) وإذا كان الخبير أو الخبراء من غير المقبولين أمام المحكمة وجب عليهم أن يطقوا يمينا أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغيز ضرورة لحضور الخصوم - بأن يؤدوا أعمـالهم بالصدق والأمانة والا كان العمل باطلا (١٣٩ اثبات) . ويوجد لدى كل محكمة ابتدائية واستئنافية جدول بالخبراء المقبولين أمام كل منها ومن المعروف أن الخبراء ليسوا من موظفى المحكمة ، ولكن قد يكون من بينهم من تربطهم بالدولة علاقة وظيفية مثل خبراء مصلحة الطب الشرعى رادارة تحقيق الشخصية .

ويقوم الخبر بأداء ماموريته مقابل أداء نقدى يقدره بأمر على عريضة رئيس الدائرة التى نذبت أو قاضى الجزئى الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى وإذا تأخر صدور الحكم بعد الثلاثة أشهر التالية لايداع تقرير الخبير لأسباب لا دخل له فيها ، فنفسـدر اتعاب الخبير بغير انتظار لصدور الحكم (م ١٥٧ اثبات) ويستوفى

(٥٠) إذ أن تقدير عمل الخبير من سلطة محكمة الموضوع ، لها أن تأخذ به محبولا على أسبابه ، وعدم التزامها بالرد استقلالا عما يوجه اليه من مطاعن (١٩٨٧/١٢/٢٠ فى الطعن ٢٦٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١١/٢٩ فى الطعن ٨٦٢ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٥/٥ فى الطعن ٦١٣ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٧/٢/١٩ فى الطعن ٢٠٥٣ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١/١٥ فى الطعن رقم ٢٢٤٣ و ٢٣٦٥ لسنة ٥٢ ق) وأن عمل الخبير عنصر من عناصر الإثبات الواقعية فى الدعوى ، يخضع لتقدير المحكمة دون محقب (نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ فى الطعن ١٠٥٤ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/١١/٢٩ فى الطعن ٨٦٢ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٣/٥ فى الطعن ١٧٠٧ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/١١/٥ فى الطعن ١٨٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعن ٤٢٤ لسنة ٥٢ ق) . ولحكمـة الموضوع أن تأخذ بالتقرير كله أو بعضه (نقض ١٩٨٧/٥/٦ فى الطعن رقم ٦١٣ لسنة ٥٣ ق) .

الخبير اتعابه من الأمانة المودعة لدى المحكمة لحساب الخبير من الخصم المكلف بإيداعها قبل مباشرة الخبير لمأموريته . ويكون أمر تقدير الاتعاب فيما زاد على الأمانة واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم وكذلك على الخصم الذي قضى بالزامه بالمصروفات (م ١٥٨)

ويحدد قانون الإثبات واجبات الخبير وحقوقه وإجراءات وأسباب رده (١٣٥ - ١٦٢ منه) (٥١) .

الباب الثالث

القضاء وولايته

● جهات القضاء

● ولاية الجهات القضائية

١٦٧ - تقسيم :

بقى علينا ، بعد أن تحدثنا عن وظيفة القضاء ، ومقوليها أن نتحدث
فى هذا الباب عن الجهات المنوط بها القيام بهذه المهمة ، ثم عن ولاية هذه
الجهات . وذلك فى فصلين : .

الفصل الأول : جهات القضاء فى الدولة .

الفصل الثانى : ولاية الجهات القضائية .

الفصل الأول

جهات القضاء فى الدولة

١٦٨ - المامة تاريخية :

رأينا فيما سبق ، كيف أن الفكر السياسى المعاصر يجعل من القضاء وظيفة عامة ، وسلطة من سلطات الدولة ، سلطة مستقلة ، قائمة بذاتها ، تباشرها الدولة - فى حدود سيادتها - من طريق ما تنشئه من جهات ، توليها قدرا من الولاية القضائية للدولة (١) . وفى ذلك تنص المادة ١٦٨ من الدستور على أن « السلطة القضائية مستقلة ، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها » .

ولقد مر نظامنا القضائى بمراحل تاريخية عديدة ، تمثل فى مجموعها تاريخا للقضاء المصرى ، والذى يعد جزءا من تاريخ مصر السياسى . ومر القضاء المصرى بمرحلتين أساسيتين :

— مرحلة التعدد القضائى :

وهى الفترة السابقة على سنة ١٩٤٩ ، حيث كانت مصر جزءا من الدولة العثمانية ، فتعددت فى مصر الجهات القضائية فى هذه الفترة تعددا لا نظير له فى أى دولة أخرى . حيث وجد فى مصر القضاء القصبى - والذى سمح به اعمالا للامتيازات الأجنبية التى أعطيت للأجانب وكذلك القضاء الملى بالنسبة لغير المسلمين للفصل فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بهم . كما أن هناك القضاء الوطنى ، والذى تمثل فى بداية الأمر فى المحاكم الشرعية للفصل فى منازعات المصريين كافة ، سواء الخاصة بالمعاملات أو الحدود أو بمسائل الأحوال الشخصية . ثم ما لبث

(١) أنظر أحمد مسلم ، ص ٧٤ وما بعدها ، محمد حامد فهمى ، ص ٦ وما بعدها ، ص ٢٨٣ ، رمزى سيف ص ٢٨ وما بعدها . عبد الفتاح السيد ب الوجيز ، ص ١٦ وما بعدها .

محمد على أن أنشأ مجالس الأحكام التى تفصل فى مسائل المعاملات ،
والمسائل الجنائية ، لىبقى للمحاكم الشرعية سلطتها فى الفصل فى منازعات
الأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين . ثم أنشأت بعد ذلك المجالس
الحسبية لتفصل فى مسائل الولاية على المال بالنسبة للمصريين .

ونتيجة لهذا التعدد فى الجهات القضائية عملت مصر جاهدة بفضل
جهود أبنائها ومتقفيها المخلصين ، على إصلاحه وإزالة أسبابه ، حتى
أنشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، وهى أن كانت تشكل من قضاة
أجانب ، إلا أنها كانت محاكم مصرية خالصة تطبق قوانين مصرية هى
القوانين المختلطة التى تسرى على المنازعات المختلطة التى تقع بين
المصريين والأجانب ، أو بين الأجانب مختلفى الجنسية . ثم ألغيت
الامتيازات الأجنبية ، وألغى معها المحاكم القنصلية فى سنة ١٩٣٧ ، وتم
نقل المسائل التى كانت تفصل فيها الى المحاكم المختلطة
أتى تبأثر عملها هى الأخرى لفترة انتقالية تنتهى فى ١٤/١٠/١٩٤٩ .

وفى عام ١٨٨٣ أنشئت المحاكم الأهلية *Tribunaux indigènes*
لتحل محل مجالس الأحكام القديمة . وهى المحاكم الموجودة فى نظامنا
القضائى الراهن . كل ذلك بجانب القضاء الشرعى والمجالس الحسبية .
وكان النظام المصرى قد أنشأ فى ١٩٤٦ مجلس الدولة ليكون جهة
قضاء جديدة تفصل فى بعض المسائل الادارية .

- مرحلة توحيد جهات القضاء :

وبانقضاء الفترة الانتقالية المحددة للمحاكم المختلطة فى
١٤/١٠/١٩٤٩ ، أصبحت المحاكم الأهلية ، هى جهة القضاء العامة
فى مصر لتفصل فى المنازعات كافة أيا كانت جنسية أطرافها ، كما أل
ليها ما كان داخلا فى ولاية القضاء الشرعى والحسبى والمجالس المالية
التي ألغيت جميعها بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . لتفصل المحاكم
الأهلية (الوطنية) فى منازعات الأحوال الشخصية كافة - مسائل الولاية

على النفس وكذلك المال - أيا كانت ديانة أطرافها . وذلك بجانب القضاء الإدارى الذى أنشئ سنة ١٩٤٦ ليفصل فى بعض المسائل الادارية ، وبذلك لم يعد بمصر سوى جهة القضاء المدنى (المحاكم) وجهة القضاء الادارى (مجلس الدولة) .

١٦٩ - تقسيم :

رأينا كيف أن جهات القضاء فى مصر قد انحصرت منذ سنة ١٩٥٦ فى جهتين عامتين للقضاء هما جهة القضاء العادى ، والتى عبر عنها التشريع المصرى « بالمحاكم » (م ١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢) ، وجهة القضاء الإدارى ، والتى عبر عنها المشرع « بالقسم القضائى » بمجلس الدولة (م ٢ ، ٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . الجهة الاولى ، هى جهة القضاء العامة للفصل فى المنازعات كافة ، والتى لم يخرجها المشرع بنص خاص ولايتها . والثانية هى جهة القضاء العامة للفصل فى المسائل الادارية والتأديبية كافة ، والتى لم تخرج عن ولايتها بنص خاص .

وبجانب هاتين الجهتين العامتين ، قامت الدولة بانشاء عدد من الجهات (الخاصة أو الاستثنائية) وأولتها قدرا من ولاية القضاء فى الدولة . وهذه الجهات ، هى ما نطلق عليها « الجهات القضائية ذات الولاية المحدودة » .

ولذلك يكون من الطبيعى أن يأتى هذا الفصل فى مبحثين ، نبين فى الاول جهتى القضاء العامتين ، وفى الثانى نتحدث عن أهم جهات القضاء المحدود الولاية .

المبحث الأول

جهتا القضاء العام

المطلب الأول

القضاء العادى (المحاكم)

١٧٠ - تقسيم :

يقصد بالقضاء العادى - الجهة القضائية التى تباشر وظيفة القضاء فى المسائل والمنازعات كافة ، التى لم تدخل فى ولاية جهة أخرى ، مدنية كانت هذه المنازعات أم جنائية . وهذه الجهة هى المعروفة تشريعياً « بالمحاكم » دون اضافة وصف إليها . وهذه المحاكم تفصل فى المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، وأيضاً فى المواد الجنائية . والمحاكم التى تفصل فى المسائل الأولى تشكل ما نسميه « بالقضاء المدنى » ، والمحاكم التى تفصل فى المواد الأخيرة تشكل ما نسميه « بالقضاء الجنائى » ويتولى قانون السلطة القضائية ترتيب محاكمهما وتشكيل كل منها . وقانون المرافعات المدنية يتولى تحديد قواعد ممارسة محاكم القضاء المدنى لوظيفتها وأجراءاتها ، فى حين يتولى قانون الاجراءات الجنائية تنظيم قواعد ممارسة محاكم القضاء الجنائى لوظيفتها وأجراءاتها .

ونبين فى هذا الفصل ترتيب محاكم القضاء المدنى والجنائى وتشكيلات كل منهما المتخصصة .

الفروع الأول

محاكم القضاء المدنى وتشكيلاته المتخصصة

١٧١ - أولاً : ترتيب محاكم القضاء المدنى - درجتا التقاضى وتعدد المحاكم :

يأخذ نظامنا القضائى - شأنه سائر الأنظمة المعاصرة ، بمبدأ التقاضى على درجتين . بمعنى أن الدعوى الواحدة يمكن نظرها مرتين ، الواحدة

تلو الأخرى ، أمام محكمتين مختلفتين ، الواحدة تعلق الأخرى ، ذلك وصولا الى العدالة وصحة الأحكام . ولذلك توجد محاكم للدرجة الأولى ، وأخرى للدرجة الثانية .

كما يأخذ نظامنا القضائي بمبدأ تعدد المحاكم ، حيث أنه من المستحيل على محكمة واحدة أن تبأشر فى كل ربوع الدولة وظيفـة انقضاء وذلك التزاما من الدولة بتقريب جهات القضاء من المتقاضين . وهذا التعدد يكون رأسيا بتعدد طبقات المحاكم توجد فى قمته محكمة النقض مرورا بمحاكم الاستئناف فالمحاكم الابتدائية وفى قاعدته المحاكم الجزئية . كما أن التعدد يكون تعددا أفقيا أيضا ، بتعدد محاكم الطبقة الواحدة ، بحيث تنتشر وتتوزع هذه المحاكم على محافظات ، ومراكز أو أقسام الجمهورية ، حتى تكون قريبة من مواقع النزاع ومواطن المتقاضين ، ونبين كل ذلك فيما يلى :

١٧٢ - ١ - محاكم الدرجة الأولى :

ويقصد بها المحاكم التى تنظر الدعاوى لأول مرة ، أى الدعاوى الابتدائية ، ولم ينظر المشرع هنا الى الدعاوى على أنها كلها من طبيعة واحدة ، وإنما متفاوتة فى قيمتها وأهميتها ، فخصص محاكم لنظر الدعاوى القليلة القيمة أو الأقل أهمية هى المحاكم الجزئية ، وخصص محاكم أخرى هى المحاكم الابتدائية لنظر الدعاوى الأخرى الأكثر قيمة أو أهمية ، وهذه المحاكم بنوعها تنظر الدعاوى للمرة الأولى .

١ - المحاكم الجزئية :

وهى أدنى طبقات المحاكم فى النظام القضائى ، وهى لذلك الأكثر عددا ، لأنها تنتشر - كقاعدة - فى كل مراكز أو أقسام الجمهورية تقريبا . وإنشاء هذه المحاكم ، وتعيين مقارها ، وتحديد دائرة اختصاصها يكون بقرار من وزير العدل (م ١/١ س ٠ ق) . وأحكامها تصدر من قاضى فرد *juge unique* ينتدب من بين قضاة المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرة اختصاصها (م ١٤ س ٠ ق) .

٢ - المحاكم الابتدائية :

وهي المحاكم التي يطلق عليها المحاكم الكلية ، لأنها صاحبة الاختصاص الكلى الشامل ، حيث أنها تختص بكل ما لا يدخل فى اختصاص المحاكم الجزئية (م ٤٧ مرافعات) وهى لذلك يطلق عليها قاضى الشريعة العامة juge de droit commun (٢) . وهى تنلوا المحاكم الجزئية فتأتى صعودا فى ترتيب طبقات المحاكم فى الطبقة الثانية . وتوجد محكمة ابتدائية فى كل عاصمة من عواصم محافظات الجمهورية - تقريبا (٣) .

وتؤلف كل محكمة من عدد كاف من الرؤساء والقضاة ، ويندب (٤) لرياستها مستشار من محكمة الاستئناف التى تقع بدائرتها المحكمة الابتدائية أو أية محكمة استئناف أخرى تالية لها .

وتتكون كل محكمة من عدد كاف من الدوائر ، يرأس كل منها رئيس المحكمة أو أحد الرؤساء بها ، أو أحد قضاة المحكمة عند الضرورة (م ٤/٩ س ٠ ق ٠) . وتصدر المحكمة الابتدائية أحكامها من ثلاثة قضاة فى كل أحوال انعقادها سواء كانت ابتدائية أو كانت بهيئة استئنافية .

وتكون للممستشار رئيس المحكمة بصدر قرار ندبه ولاية القضاء فى هذه المحكمة الابتدائية ، برئاسته لأحد دوائرها ، كما أنه قاضى الأمور الوقفية بها (٥) .

(٢) فنسلان وجونشار ، بند ١١٢ ، ص ١٥٤ . قارن أحمد مسلم ، الذى يعتبرها الخلية الأساسية من نظامنا القضائى .

(٣) حيث يوجد بعاصمة بعض المحافظات محكمتان ابتدائيتان ، مثل محافظة القاهرة التى يوجد بها محكمة جنوب القاهرة ، ومحكمة شمال القاهرة الابتدائيتين . ولم ينشأ بعد ببعض عواصم المحافظات محاكم ابتدائية مثل محافظات الوادى الجديد ومطروح والبحر الأحمر .

(٤) ويكون الندب بقرار من وزير العدل بعد أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى ولدة سنة على الأكثر قابلة للتجديد (م ٣/٩ س ٠ ق ٠) .

(٥) ويرى البعض أن هذا المستشار يمكنه القيام بعمل إحدى المحاكم المختصة (وهى المحاكم الجزئية) ، ولذلك يمكن أن يجلس قاضيا للأمور المستعجلة (وجدى راغب - مبادئ ص ٢٣٢) .

١٣٣ - ب - محاكم الدرجة الثانية :

وهى المحاكم التى تنظر الدعاوى للمرة الثانية ، أى التى سبق نظرها من محاكم الدرجة الأولى . وعلى ذلك فالأصل أن محاكم الدرجة الثانية لا تنظر فى دعاوى مبتدأة ترفع إليها للمرة الأولى ، إلا إذا نص القانون على ذلك ، مثل دعاوى المخاصمة والرد ، فترفع إلى محاكم الاستئناف أو محكمة النقض للمرة الأولى على تفصيل يرد بعد ذلك .

وتتمثل محاكم الدرجة الثانية فى نظامنا القضائى فى طبقتين هما :

١ - المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية :

تنعقد المحكمة الابتدائية فى نظامنا ، فى صورة محكمة للدرجة الأولى ، لتفصل فيما يرفع إليها من دعاوى مبتدأة . كما أنها تنعقد كمحكمة للدرجة الثانية ، أى بهيئة استئنافية ، تفصل فيما يرفع إليها من طعون بالاستئناف عن الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية التابعة لها ، متى كان الطعن فيها جائزا . ولم يغير المشرع فى تشكيل المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، فتصدر أحكامها من ثلاثة قضاة أيضا .

٢ - محاكم الاستئناف :

وهى المحاكم التى تفصل فيما يرفع إليها من طعون بالاستئناف عن الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الابتدائية بوصفها محاكم للدرجة الأولى ، متى كان الطعن فيها جائزا .

وانشاء محاكم الاستئناف وتحديد أو تعديل دوائر اختصاصها لا يكون إلا بقانون ، شأنها شأن المحاكم الابتدائية (م ١٠ س ٠ ق) . وتنعقد المحكمة فى مقرها أو خارجه بقرار من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف .

وأجاز المشرع نفسه لوزير العدل بقرار منه بعد أخذ رأى الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف ، تأليف دائرة استئناف بصورة دائمة فى أحد مراكز المحاكم الابتدائية (م ٦ س ٠ ق) .

وتؤلف محكمة الاستئناف من رئيس وعدد كاف من الرؤساء والنواب ورؤساء الدوائر والمستشارين .

وتصدر أحكامها من ثلاثة مستشارين .

وبعد أن كان فى مصر محكمة استئناف واحدة ، هى محكمة استئناف مصر ، أصبح الآن عددها ثمان محاكم للاستئناف - تقريبا للقضاء من المتقاضين - فى القاهرة والاسكندرية وطنطا والمنصورة والاسماعيلية وبنى سويف وأسيوط وقنا (م ١/٦ س . ق مستبدلة بالقانونين ٢ لسنة ٧٦ ، ٤٤ لسنة ٨١) .

La Cour de cassation

١٧٤ - ج : محكمة النقض

١ - حكمة انشائها :

ان من دواعى حسن ادارة العدالة وسير مرفق القضاء ، بمحاكمه المتعددة ، سيرا منتظما ، بفهم موحد لقواعد القانون وأحكامه ، أن يكون على رأس هذه المحاكم ، محكمة عليا واحدة ، تتولى مراقبة شرعية أحكام تلك المحاكم وعدالتها ، حتى اذا ما ثبت قضاء هذه المحكمة على رأى فى تفسير القانون أو تطبيقه ، أخذته عنها سائر المحاكم الأخرى واتبعته ، مجازاة لها وتفاديا من تعريض أحكامها للالغاء لرأى هذه المحكمة (٦) . والمحكمة الواحدة هذه هى محكمة النقض ، والتى تكون على قمة جهاز القضاء العادى فى الدولة ، والتى يرجع اليها قضاء المحاكم ، اعمالا لوظيفتها فى مراقبة قانونية الأحكام وتوحيد المبادئ القانونية التى تسمير عليها المحاكم منعا لتضارب الأحكام (٧) . وهى لهذا لا تعد محكمة

(٦) محمد حامد قهوى - المرافعات المدنية والتجارية - بند ١٤ ص ١٥ ، ١٦ . انظر كوستا ص ١٠٩ بند ٧٣ .
(٧) انظر سوليس وبيرو - ج ١ ص ٦٠٠ - وما بعدها بند ٦٧٨ .
نقضى والى - الوسيط ص ٢٤٦ - ٢٤٧ محمد حامد قهوى الاشارة السابقة رمزى سيف - ص ٢١٤ - ٢١٥ بند ١٧٣ . محمود هاشم . مذكرات - المشار اليه ص ١٢ رعوف عبيد - مبادئ الاجراءات الجنائية ص ٤٨٥ .

للولقائى وانما محكمة للقانون ومن ثم فهى لا تعد درجة ثالثة للقائى (٨)
ومقرها مدينة القاهرة .

٢ - تشكيلها :

تؤلف محكمة النقض من رئيس وعـدد كاف من نواب الرئيس
والمستشارين . وبها دوائر لنظر المواد الجنائية ، واخرى للمواد المدنية
والتجارية والاحوال الشخصية والمواد الاخرى . ويرأس كل دائرة فيها
رئيس المحكمة أو أحد نوابه أو أقدم المستشارين بها عند الاقتضاء (م ١/٣
س . ق) .

وتصدر أحكامها من خمسة مستشارين (م ٢/٣ س . ق) .

أما الجمعية العامة لمحكمة النقض فتشكل من هيئتين كل منها من
أحد عشر مستشارا ، يرأسها رئيس المحكمة أو أحد نوابه . أحداها
للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال
الشخصية وغيرها (م ١/٤ س . ق) .

واذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانونى ، قررته
أحكام سابقة ، أحالت الدعوى الى الهيئة المختصة للفصل فيها التى تصدر
أحكامها بالعدول بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل . أما اذا رأت إحدى
الدوائر العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة صادرة من دوائر
اخرى ، أحالت الدعوى الى الهيئتين مجتمعتين للفصل فيها بأغلبية أربعة
عشر عضوا على الأقل (م ٢/٤ ، ٣ س . ق) .

واذا كانت وظيفة محكمة النقض تتمثل أساسا فى الاشراف على
التطبيق السليم للقانون وتوحيد تفسيره ، منعا لتضارب الاحكام فيها ،

(٨) فتحى والى - الاشارة السابقة - ابراهيم نجيب ص ٤١٤ . محمد
حامد فهمى - المرجع السابق ص ١٦١ بند ١٥٢ . عبد النعم الشرقاوى -
ص ١٢٨ . نبيل عمر - النظرية العامة للظعن بالنقض ١٩٨٠ ص ١٢ - ١٣
سوليس وبيرو - ج ١ ص ٦٠١ بند ٦٧٨ . موريل ص ١٠٤ رقم ١٠٠ .
جارسونيه وسيزار برو ج ١ بند ١٥٦ ، وقارن احمد مسلم - اصول - ص
١٠٢ وهامش (١) بن نفس الصفحة . وانظر كوستا - الاشارة السابقة .

من خلال نظرهما للطعون التى ترفع اليها عن الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ، وهو الأمر الذى استوجب أن تكون محكمة النقض محكمة قانون وليست محكمة وقائع ، فهى ليست درجة من درجات التقاضى وإن كانت طبقة من طبقات المحاكم . ومن ثم فهى تحاكم الأحكام من الناحية القانونية وليس من ناحية الوقائع .

ألا أن القانون اعتبرها محكمة وقائع ، فى حالات خاصة ، منها دعاوى رد ومخاصمة مستشارى محكمة النقض ، ومحاكم الاستئناف (م ١٦٤ - ٤٩٦ ، ٤٩٧ مرافعات) ، ودعاوى رجال القضاء والنيابة ، وحالات التصدى المقررة فى القانون .

ثانيا : تشكيلات القضاء المدنى المتخصصة (٩)

١٧٥ - جديد :

أن القيام بوظيفة القضاء ، وممارستها ممارسة سليمة ، يتطلب فيمن يتولاها أن يكون على دراسة واسعة ، والمأم تام بفروع القانون كافة . بجانب درايته العامة بفروع العلوم الأخرى . غير أن ذلك يشكل عبئا ثقيلا على القضاة ، وهو تكليف بما لا يستطاع . ومن هنا ظهرت الحاجة الى تخصص القضاة بعد مضى أربع سنوات من تعيينه (م ١٢ س . ق) . وساعد على ذلك الاتجاه العالمى نحو التخصص فى مختلف المجالات . ولهذا ظهرت فى نظامنا القضائى فى نطاق القضاء المدنى عدة تشكيلات متخصصة مثل المحاكم المتخصصة فى عدد من المسائل المدنية والتجارية . فضلا عن الدوائر المتخصصة فى مختلف المحاكم . وذلك على التفصيل الآتى :

١٧٦ - ١ - الدوائر المتخصصة :

رؤى أن انشاء دوائر متخصصة داخل المحكمة الواحدة ، من شأنه أن يكسب القضاة خبرة ومهارة وقدرة على البت فى المسائل التى

(٩) أنظر تفصيلا - محمود هاشم - قانون القضاء المدنى ، ط ١ ، ج ١

ص ١٨١ وما بعدها .

يتخصصون فيها ، وهو ما يؤدي الى مرعة الفصل فيها . فبدلا من أن تنظر المحكمة الواحدة - بدائرة واحدة - كل ما يدخل في اختصاصها من منازعات ، فيمكن تقسيم هذه المحكمة الى دوائر عدة ، تمارس كل دائرة منها نوعا من المنازعات التي تدخل في اختصاص المحكمة التابعة لها . فتكون هناك دائرة لنظر دعاوى الايجارات وأخرى لدعاوى الملكية ، وثالثة للحيازة ، ورابعة لمساائل الأحوال الشخصية وهكذا . ولهذا نجد أن المشرع يجيز للجمعية العمومية للمحكمة أن تنشئ دوائر بها وتقوم بتوزيع العمل بينها . توزيعا داخليا بطبيعة الحال . وقد انتشرت فكرة الدوائر المتخصصة في مختلف تشكيلات القضاء المدني ، فتوجد هذه الدوائر في المحاكم الابتدائية ، وكذلك في محاكم الاستئناف ، وأيضا في محكمة النقض ذاتها ، وتوجد أخيرا في المحاكم الجزئية بالنسبة للدوائر التي تنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف . وجسدير بالذكر أن الدائرة المتخصصة لا تشكل محكمة قائمة بذاتها داخل المحكمة ، وإنما مجرد تنظيم لممارسة هذه المحكمة لوظيفتها .

١٧٧ - ٢ - المحاكم المتخصصة :

ذهب المشرع تأكيدا لفكرة التخصص - بأبعد من مجرد انشاء دوائر متخصصة داخل المحكمة الواحدة ، وأنشأ محاكم قائمة بذاتها خصها بنظر نوع معين من المنازعات ، على أن هذه المحاكم المتخصصة قاهرة في نظامنا القضائي على المحاكم الجزئية (١٠) فلم نعرف بعد محاكم ابتدائية متخصصة . والمنازعات التي تنظرها المحكمة المتخصصة تخرج عن اختصاص المحاكم العامة في دائرة اختصاصها .. وهذا ما يميز المحكمة المتخصصة عن الدائرة المتخصصة . لأن توزيع القضايا التي تدخل في اختصاص محكمة من المحاكم على دوائرها المتخصصة لا يعدو أن يكون توزيعا داخليا ، فهو ليس توزيعا بحيث تختص كل دائرة بقضايا محددة ، ولا تختص بغيرها . ولا تختص بهذه القضايا دائرة أخرى داخل المحكمة . وإنما يجوز دائما - والاختصاص منعقد للمحكمة بكل دوائرها -

(١٠) فتوى والى - الوسيط ص ٢٥٢ بند ١٣٩ . أحمد مسلم . بند

توزيع قضايا دائرة معينة ، على دائرة أخرى داخل المحكمة دون امكانية الدفع بعدم اختصاص الدائرة . وتمارس وظيفة القضاء باسم المحكمة (١١) وليس باسم الدائرة . ويكون الامر كذلك ولو كان تخصيص الدائرة قد تم بمقتضى القانون (١٢) . أما بالنسبة للمحاكم المتخصصة فالامر مختلف ، إذ أن تخصصها بنظر نوع معين من المنازعات يعد توزيعا نوعيا لاختصاص ، بحيث لا يجوز لهذه المحكمة أن تنظر فى غير هذا النوع من المنازعات ، كما لا يجوز لمحكمة أخرى فى دائرة اختصاص المحكمة المتخصصة أن تنظر فى المنازعات التى تدخل فى اختصاص المحكمة الأخيرة (١٣) .

والمحاكم المتخصصة قد تنشأ بقرار من وزير العدل ، أو بنص قانونى :

- المحاكم المتخصصة المنشأة بقرار من وزير العدل :

يرخص قانون السلطة القضائية لوزير العدل بقرار منه بعد موافقة الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية ، سلطة انشاء محاكم جزئية يخصها بنظر نوع معين من المنازعات بشرط أن يبين فى القرار مقر كل محكمة ودائرة اختصاصها (م ١٣ س . ق) . وأعمالا لهذه الرخصة المخولة لوزير العدل ، فقد أنشأ عدة محاكم متخصصة منها :

- المحاكم الجزئية التجارية :

رأينا أن نظامنا القضائى لم يرق على الفصل النوعى للقضاء بين المسائل المدنية والتجارية ، وانما جعل المحكمة المدنية ، جزئية كانت أم

(١١) أنظر فتوى والى - الوسيط ص ٢٥٤ . أحمد مسلم الاشارة السابقة . نقض ١٩٦٢/١٢/١٣ من ١٢ ص ١١٤٠ .

(١٢) كما هو الحال بالنسبة لدوائر الأحوال الشخصية المشكلة وفقا لنص المادة الرابعة من قانون الغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية . أنظر فتوى والى - الاشارة السابقة . ونقض ١٩٧٥/٢/١٢ لسنة ٢٦ ق ص ٣٦٤ .

(١٣) أنظر فى الفروق بين الدائرة والمحكمة الدكتور فتوى والى - الوسيط ص ٢٥٤ - ٢٥٥ .

ابتدائية تفصل فى كافة المسائل المدنية أو التجارية بغير تفرقة (١٤) .
الا أن وزير العدل قد أصدر فى سنة ١٩٤٠ قرارين - أعمالا لمسلطته .
بانشاء محكمتين جزئيتين تجاريتين فى دائرتى محكمتى القاهرة
والاسكندرية الابتدائيتين ، وعلى ذلك فإن جميع الدعاوى التجارية
الجزئية التى يمكن رفعها أمام أية محكمة جزئية فى دائرة اختصاص
محكمة القاهرة أو الاسكندرية الابتدائيتين ، يجب رفعها فقط أمام المحكمة
التجارية الجزئية والتى لا تختص الا بهذه المسائل .

- محاكم شئون العمال :

وأعمالا أيضا لمسلطة وزير العدل فى انشاء محاكم متخصصة قوام
بإصدار عدة قرارات بانشاء عدة محاكم جزئية عمالية فى بعض المدن
الهامة . مثل محكمة شئون العمال الجزئية بالقاهرة فى سنة ١٩٥٣ ،
وكذلك المحكمة العمالية بالاسكندرية ، وبورسعيد وبها (١٥) .

✽ المحاكم المتخصصة التى أنشأها المشرع :

وتمتد هذه المحاكم فى أنشائها الى نص تشريعى . وأهمها :

- محاكم الأمور المستعجلة :

نص المادة ٤٥ من قانون المرافعات على أن « ينوب فى مقرر
المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس
بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت »
من هذا يتضح أن القانون قد أنشا فى مقر كل محكمة ابتدائية ، محكمة

(١٤) انظر ما قيل به فى تأييد القضاء التجارى المتميز سوليس وبيرو

- ج ١ بند ٦٢٠ .

(١٥) انظر عبد الباسط جبيعى - نظرية الاختصاص ص ٢٠١ . أحمد

مسلم - أصول ص ١١٣ .

جزئية متخصصة للنظر فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت (١٦) .

- قاضى التنفيذ :

تاكيدا لاشراف القضاء الكامل على اجراءات التنفيذ الجبرى ،
وجمعا لشتات المسائل المتعلقة به فى يد قاض واحد ، قريب من محل
التنفيذ ، استحدث المشرع ما يعرف بقاضى التنفيذ ، وهى محكمة جزئية
يندب لها قاضى فرد من بين قضاة المحكمة الابتدائية ، وتختص بالفصل
فى كل منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية ايا كانت قيمتها (١٧) .

(١٦) وذلك اذا رفعت كدعوى مبتدأة . ايا اذا رفعت الدعوى المستعجلة
بطريق التبعية للدعوى الموضوعية فيختص بها هنا المحكمة الموضوعية
المرفوع اليها الدعوى الأصلية (راجع المادة ٥٥ مرافعات) . انظر أحمد
مسلم . ص ١١٧ - ١١٩ .

(١٧) انظر المادة ٢٧٥ مرافعات والمذكرة الايضاحية لقانون المرافعات
الجديد وانظر دراسة تفصيلية فى ذلك مؤلفنا فى التواعد العامة للتنفيذ
القضائى ص ٢١٤ وما بعدها . عزمى عبد الفتاح رسالة - نظام قاضى
التنفيذ فى القانون المصرى المقارن - طبعة سنة ١٩٧٨ .

الفرع الثانى

ترتيب القضاء الجنائى وتشكيلاته المتخصصة

أولا : ترتيب القضاء الجنائى

١٧٨ - محاكم القضاء الجنائى وترتيبها :

ذهب المشرع ، اعمالا لفكرة التخصص ، وضرورتها بالنسبة للقضاة - الى حد انشاء قضاء متكامل ، له قانونه الذى ينظمه ، وعدد قواعد ممارسة نشاطه واجراءاتها ، ليفصل فى المواد الجنائية . وهذا القضاء هو ما يطلق عليه « القضاء الجنائى » ، وقانونه المنظم له هو « قانون الاجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ وتعديلاته » .

ولا يعد هذا القضاء - رغم تميزه - جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى ، وانما هو جزء منها ، أو تشكيل متخصص من تشكيلاتها . اعتبارا بان الفصل فى المواد الجنائية يدخل - كقاعدة - فى ولاية القضاء العادى ، وتمارسه المحاكم التى ذكرناها عند الحديث عن القضاء المدنى ، وان سميت بأسماء مختلفة تلائم طبيعة المواد والمسائل التى تفصل فيها .

والجرائم فى قانون العقوبات هى المخالفات والجنح والجنايات . وأن النوعين الأولين هما أقل خطورة من الثالث ، فان المشرع توزيعه للاختصاص قد راعى ذلك ، وأسند الفصل فى الجنح والمخالفات لمحاكم الجنح وهى محاكم جزئية . وتستأنف أحكامها أمام محاكم الجنح المستأنفة وهى محاكم ابتدائية . أما الجنايات فقد أسند الاختصاص بها لمحاكم الجنايات وهى تعادل محاكم الاستئناف ، وبالتالي فالفصل فيها يكون على درجة واحدة ، حيث أنها أحكام المحاكم الجنائية لا تستأنف . وانما تقبل الطعن فيها فحسب للنقض . وذلك على التفصيل الآتى :

١ - محاكم الجنج :

وهى ذاتها المحاكم الجزئية منعقدة كمحكمة جنائية ، وهى لذلك توجد فى كل قسم او مركز من اقسام أو مراكز الجمهورية ، وتفصل فى كل ما يعد بمقتضى القانون مخالفة أو جنحة عدا الجنج التى تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد (م ٢١٥ اجراءات جنائية) . وتصدر احكامها من قاض فرد ، ويحضر جلساتها وجوبا أحد أعضاء النيابة العامة ، باعتباره ممثلا للاتهام .

٢ - محاكم الجنج المستأنفة :

وهى عبارة عن دوائر استئنافية تشكل كل منها من ثلاثة قضاة من بين قضاة المحاكم الابتدائية . وتعقد هذه الدوائر جلساتها فى مقر المحكمة الابتدائية أو خارجه بقرار من وزير العدل بناء على طلب رئيس المحكمة ، وتفصل استئنافيا فى الاحكام الصادرة عن المحاكم الجزئية (محاكم الجنج) ومن هنا يتضح أن التقاضى فى مواد الجنج والمخالفات على درجتين .

٣ - محاكم الجنايات :

شاء المشرع المصرى أن يجعل التقاضى فى مواد الجنايات والجنج التى تقع على غير الأفراد بطريق النشر ، على درجة واحدة ، فادخلها فى اختصاص محاكم الجنايات (م ٢١٤ / ٢١٥ أ ج) . ومحكمة الجنايات هى دائرة من دوائر محكمة الاستئناف . اذ تشكل فى كل محكمة استئناف محكمة أو أكثر لنظر قضايا الجنايات ، وتؤلف كل منها من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف . ويرأس محكمة الجنايات رئيس المحكمة أو أحد نوابه أو أحد رؤساء الدوائر وعند الضرورة يجوز أن يرأسها أحد المستشارين بها (م ٧ س . ق) .

وتنعقد محكمة الجنايات فى كل مدينة بها محكمة ابتدائية ، وتشمل دائرة اختصاصها ما تشمله دائرة المحكمة الابتدائية . كما يجوز أن تنعقد فى أى مكان آخر . بقرار يصدر من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف (م ٨ س . ق) .

وأحكام محاكم الجنايات لا تقبل الاستئناف ، بطبيعة الحال ، وإنما يمكن الطعن فيها بطريق النقض ، إذا توافر سبب من الأسباب التي تبرر الطعن بالنقض .

٤ - محكمة النقض :

وقد رأينا أن بها دوائر لنظر المواد الجنائية ، وبها هيئة عامة للمواد الجنائية مكونة من أحد عشر مستشارا يرأسها رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه .

ثانيا : تشكيلات القضاء الجنائي المتخصصة

١٧٩ - وبالرغم من أن القضاء الجنائي ، وعلى ما رأينا ، قضاء متخصص مشتق من القضاء العادي ، إلا أن المشرع قد ذهب الى أبعد من فكرة التخصص بمعناها العام ، وأنشأ في نطاق القضاء الجنائي محاكم أكثر تخصصا ، للفصل في بعض الجرائم ، وأجاز أيضا لوزير العدل أن ينشئ - بقرار منه - محاكم جزئية ويخصصها بنظر نوع معين من المنازعات .

ومن المحاكم الجنائية المتخصصة في نظامنا ، محاكم الأحداث التي أوجب المشرع تشكيل محكمة أو أكثر منها في مقر كل محافظة (م ٢٧ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤) (١٨) . ومحكمة الشئون المالية والتجارية .

(١٨) انظر في تشكيل هذه المحاكم واختصاصها . رموف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية ١٩٧٨ ، ص ٤٧٧ - ٤٧٨ .

المطلب الثانى

القضاء الادارى

١٨٠ - تعريفه :

هو جهة القضاء العامة التى تفصل فى المسائل الادارية والتأديبية
كافة ، الا ما خرج من ولايتها بنص خاص .

ومن المفيد أن نبدأ بتحديد كيفية نشأة هذه الجهة فى النظام المصرى
ثم بعد ذلك نتحدث عن تشكيلها وتشكيلاتها .

الفرع الاول

نشأة القضاء الادارى

١٨١ - الاصل التاريخى لنشأة القضاء الادارى المصرى :

إذا أردنا تحديد هذا الاصل التاريخى ، فعلينا أن نبدأ بتحديد
هذه الجهة فى النظام القضائى الاسلامى ، ثم فى الانظمة
المعاصرة .

١ - القضاء الادارى (قضاء المظالم) فى النظام الاسلامى :

من المعلوم أن القضاء فى النظام الاسلامى هو « تبين الحكم الشرعى
والالزام به وفصل الخصومات » (١٩) . وأن ولاية القضاء معقودة للامام

(١٩) انظر تفصيلا مؤلفنا - النظام القضائى الاسلامى - دار الفكر
العربى ١٩٨٤ ، ص ٢٠ ومؤلفنا - القضاء ونظام الاثبات - ط أولى - ١٩٨٨ -
عمادة شئون المكتبات بجامعة الملك سعود ص ١٠ وما اشرنا فيهما
من مراجع .

بغير خلاف ، يتولاها بنفسه أو يوليها غيره نيابة عنه . فجلس الرسول صلى الله عليه وسلم للقضاء ، وعهد به الى غيره ضمن توليتهم الشئون العامة ، وتبعه فى ذلك الخلفاء ، فباشروه بأنفسهم ، وعهدوا به الى غيرهم ، فعينوا القضاة من بين من توافرت فيهم شروط القضاء . وأولهم الفصل فى المسائل كافة ، واحتفظ الولاة لأنفسهم بنظر المظالم (٢٠) .

وإذا كانت ولاية القضاء قد وجدت لتحقيق العدل ورفع الظلم فإن ولاية المظالم قد وجدت لتحقيق الهدف نفسه ، ولذلك تدخل ولاية المظالم بحسب أصولها فى القضاء ، إلا أنها رغم ذلك هورت على أنها أعلى سلطة من القضاء ، فهى تهدف الى وقف تعدى ذوى الجاه والسلطان ، وكبح جماحهم ورد مظالمهم ، والنظر فى كل ما يعجز القاضى عنه (٢١) ومتوليها ينظر فى مظالم الناس من القضاة والولاة والجبابة والحكام والأمراء والوزراء (٢٢) . ولذلك فلا يتولاها إلا من كان يجمع بين « سطوة السلطان ونصفة القضاء » ، أى من كان « جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ، ظاهر العفة ، قليل الطمع ، كثير الورع » (٢٣) .

والماتمل فى المسائل التى تدخل فى ولاية المظالم يجدها تندرج جميعا فيما نسميه اليوم « المنازعات الادارية والتأديبية » والتى تفصل فيها الانظمة المعاصرة جهة قضاء عامة هى جهة القضاء الادارى . الأمر الذى يدعوننا الى القول بأن الفقه الاسلامى هو أول من أنشا للمنازعات الادارية قضاء متخصصا هو ديوان المظالم (٢٤) .

(٢٠) محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ، ص ٢٠ ، ٣٠ ، النظام القضائى ص ٦٢ وما بعدها .

(٢١) محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ، ص ٣١ ، النظام القضائى ص ٩٠ .

(٢٢) انظر فى اختصاصات قاضى المظالم ، الماوردى - الأحكام السلطانية ص ٨٠ - ٨٣ .

(٢٣) انظر المراجع التى اشرنا اليها فى كتاب القضاء ونظام الاثبات ص ٣١ هاشم ٦ .

(٢٤) مؤلفنا فى النظام القضائى ، ص ١٠١ .

٢ - القضاء الإدارى فى الأنظمة المعاصرة :

أصبح من المسلم به أن الدولة الحديثة تقوم على مبدأ سيادة القانون ، وهو ما يعرف « بمبدأ الشرعية » Principe de la légalité « (٢٥) والذى مؤداه خضوع الدولة فى كل تصرفاتها وأعمالها للقانون . ولم يكن غريبا وقد عدا هذا المبدأ من المبادئ الأصولية فى الفكر السياسى ، أن ينص الدستور المصرى على أن « سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة » (المادة ٦٤ من الدستور) ، وأن « تخضع الدولة للقانون .. » (المادة ٦٥ من الدستور) ، ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء « (م ١/٦٨ من الدستور) .

الا أن تقرير هذا المبدأ ، والنص عليه فى الدستور ، يصبح ولا قيمة له ، اذا لم يكفل المشرع وسيلة فعالة لرقابة تصرفات الإدارة ، بإيجاد سلطة قادرة على التحقق من سلامة تصرفات الإدارة ورقابة مدى مطابقتها للقانون .

وقد ترددت الدول المختلفة حول أسلوبين لرقابة الإدارة ، يتمثل الأول فى الرقابة الإدارية le contrôle administratif بمعنى قيام الإدارة بنفسها بمراقبة تصرفاتها ، عن طريق إباحة التظلم من قراراتها أمام الجهات مصدرّة القرارات أو الجهات الرقابية أو حتى الى لجنة خاصة . أما الثانى فيتمثل فى الرقابة القضائية le contrôle Juridictionnel بمعنى قيام القضاء فى الدولة برقابة تصرفات الإدارة .

ولما لم يكن من الممكن أن تحقق الرقابة الإدارية الهدف المنشود منها من ضمان تحقيق مبدأ الشرعية أو سيادة القانون ، نظرا لاعتبارات متعددة (٢٦) . فقد أخذت معظم الدول بأسلوب الرقابة القضائية . ومع

(٢٥) أنظر فى هذا المبدأ . مجبود حافظ - القضاء الإدارى ١٩٦٧ ص ١٩ وما بعدها . فؤاد العطار - القضاء الإدارى ص ١٨ وما بعدها . سليمان الطماوى - الوجيز فى القضاء الإدارى ١٩٧٢ ص ١٢ وما بعدها . (٢٦) أنظر فى صور الرقابة الإدارية وعيوبها . سليمان الطماوى - ص ١٦ - ١٧ بند ٣ . مجبود حافظ - ص ٧٠ وما بعدها . فؤاد العطار ص ٧٣ وما بعدها .

اتفاق هذه الدول على الأخذ بهذا الأسلوب من الرقابة ، فانها اختلفت فيما بينها حول اسناد هذه السلطة وهل الى القضاء العادى ، او الى قضاء آخر تقوم بانشائه لهذا الغرض .

— فذهبت الدول الانجلو سكسونية الى اسناد رقابة تصرفات الادارة الى القضاء العادى باعتباره حاميا للحريات ، اذ ان هذا القضاء لا يخضع فى وظيفته الا للقانون ، ومن ثم فسوف يباشر سلطته فى الرقابة بلا خوف من الادارة التى لا سلطان لها عليه . فضلا عن ان هذا الأسلوب يتفق ومبدأ الفصل بين السلطات ، والذي يوجب أن يستقل القضاء بالفصل فى المنازعات والقضايا أيا كان نوعها .

— ذهبت أغلب الدول الى ضرورة اسناد رقابة تصرفات الادارة الى محاكم معينة تنشأ لهذا الغرض ، وبالتالي ليس للقضاء العادى من سلطة فى رقابة الادارة الا فى الحدود المقررة فى القانون . ومرجع هذا الاتجاه التفسير الخاطىء لمفهوم مبدأ الفصل بين السلطات والذي اعتنقته الثورة الفرنسية ، والذي مؤداه ان القضاء وهو سلطة مستقلة لا يجب أن يحكم فى قضايا الادارة حتى لا يتدخل فى عملها ، فضلا عن الاعتبارات التاريخية الخاصة التى أدت الى انشاء المحاكم الادارية فى فرنسا ، والتى تتلخص فيما اعتقده رجال الثورة الفرنسية ان المحاكم العادية كثيرا ما تقف فى وجه كل اصلاح يراد ادخاله على أجهزة الادارة (٢٧) .

ولكن سرعان ما ثبتت صلاحية انشاء محاكم مخصصة لنظر المنازعات الادارية ، فقد تناسب المحاكم الادارية الفرنسية أصل نشأتها ، والاعتبارات التى أدت الى انشائها ، وقضت فى العديد من أحكامها ، بقضاء مستنير متطور الى أن أصبحت حصنا للأفراد وملاذا لهم ضد عسف

(٢٧) انظر فى أساس نشأة القضاء الادارى فى فرنسا . سليمان الطماوى ص ١٨٠ . عثمان خليل — القانون الادارى الكتاب الثانى ١٩٥٠ ص ٥ وما بعدها . محمود حافظ — المرجع السابق ص ١٠٣ وما بعدها . فؤاد العطار ص ١٧٧ وما بعدها .

الادارة وتصرفاتها (٢٨) ولهذا اخذت العديد من دول العالم بهذا النظام لا على أساس هذا التفسير الخاطئ لبدأ الفصل بين السلطات ، ولكن على أساس ضرورة تخصص القضاء فى افضية الادارة التى تتميز بأن العامل الرئيسى فيها لا يتمثل فحسب فى البحث عن الحكم لتسليم للقانون ، وانما فى ايجاد نقطة توازن بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة ، الامر الذى يستلزم ضرورة الامام بالقانون والاحاطة التامة بمستلزمات حسن الادارة فيمن يجلس للقضاء الادارى (٢٩) .

وقد اخذ المشرع المصرى بما اخذه المشرع الفرنسى من ضرورة تخصيص قضاء مستقل لنظر المنازعات الادارية ، وأنشأ على غرار مجلس الدولة الفرنسى ، مجلسا للدولة فى مصر ، وكان ذلك بمقتضى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ . ويحكم القضاء الادارى ترتيبا وتشكيلا باجراءات ، قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

١٨٢ - تشكيله وولايته :

يشكل مجلس الدولة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والمستشارين والمستشارين الماعدين والنواب والمنسوبيين وغيرهم ، والقضاء الادارى هو القسم القضائى من بين أقسام مجلس الدولة . ويتكون هذا القسم من المحكمة الادارية العليا ، محكمة القضاء الادارى ، المحاكم الادارية والمحاكم التأديبية ثم هيئة مفوض مجلس الدولة . (م ٣ من قانون المجلس) .

وكان طبيعيا أن تكون ولاية القضاء الادارى - الذى أنشئ حديثا - ولاية محدودة ببعض المسائل التى يحددها قانونه ، لكى يظل القضاء العادى الجهة العامة فى القيام بوظيفة القضاء . وهكذا تولت القوانين المتعاقبة المنظمة للمجلس تحديد هذه الولاية تحديدا حصريا (٣٠)

(٢٨) سليمان الطماوى - المرجع السابق ص ١٨ .

(٢٩) سليمان الطماوى - المرجع السابق ص ١٩ .

(٣٠) اذا كانت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة تصدد ما يدخل فى اختصاص مجلس الدولة من مسائل ادارية على سبيل الحصر ، وكانت تشاركه الاختصاص فى بعض المنازعات الادارية جهة المحاكم مثل التعويض

ولكن الأمر لم يعد كذلك بدءاً من صدور الدستور المصرى فى سنة ١٩٧١
ثم قانون مجلس الدولة الجديد ، اذ نص الدستور المصرى لأول مرة
على أن مجلس الدولة كهيئة قضائية مستقلة تختص بالفصل فى المنازعات
الادارية ، وفى الدعاوى التلخيصية ، كما صدر التشريع المنظم للمجلس
بعد ذلك ، ونص اعمالاً للنص الدستورى على المسائل التى يختص بها
قضايبا فى المادة العاشرة منه ، ثم أطلق هذا الاختصاص بالنسبة لسائر
المنازعات الادارية (١٠/فقرة أخيرة) ليصبح القضاء الادارى هو الآخر
جهة قضاء ذات ولاية عامة فى نظر المنازعات الادارية كافة (٣١) سواء
كانت ناشئة عن عقود ادارية أو قرارات ادارية صادرة عن جهات الادارة ،
أو عن الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى الا ما يخرجها القانون
بنص خاص ليدخله فى ولاية القضاء العادى مثل التعويض عن قرارات
الهنم (٣٢) . وبذلك يصبح مجلس الدولة - كهيئة قضائية - قاضى
القانون العام بالنسبة للمنازعات الادارية والدعاوى التأديبية كافة . غير أن
ذلك لا يعنى غل يد المشرع العادى عن اسناد الفصل فى بعض المنازعات
الادارية والدعاوى التأديبية الى جهات قضائية أخرى اذا اقتضى ذلك
الصالح العام ، اعمالاً للتفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من الدستور فى
شان تحديد الهيئات القضائية واختصاصها (٣٣) .

ونكتفى بهذا القدر من الحديث عن القضاء الادارى ، تاركين
التفاصيل للمؤلفات العامة فى فقه القانون العام .

= عن القرارات الادارية ، وتلك المتعلقة بالمعقود الادارية ، ثم دخلت هذه
المنازعات فى اختصاص مجلس الدولة بعد ذلك فى ظل قانونى المجلس ١٦٥
لسنة ١٩٥٦ ، ٥٥ لسنة ١٩٥٩ . ثم أصبح يختص المجلس بجميع المنازعات
الادارية الغاء وتعويضاً باستثناء التظلم من القرارات الادارية المتعلقة
برجال القضاء والنيابة ، وكذلك القرارات الصادرة من هيئات التحكيم
والتوفيق فى منازعات العمل ، وقرارات لجان قبول المحامين .

(٣١) انظر فتحى والى - قانون القضاء المحلى - ص ٢٨٣ . ابراهيم

سعد - ص ٣٥٥ .

(٣٢) نقض ١٩٨٢/٣/٤ الطعن ٨٥٥ لسنة ٤٨ ق = نقض ١٩٨٢/٣/٤

فى الطعن ١٦٢٩ لسنة ٤٨ ق .

(٣٣) دستورية عليا ١٩٨٤/٦/١٦ ، مجموعة أحكام المحكمة

الدستورية العليا ، ١٩٨٧ = ج ٢ - ص ٨٠ رقم ١٤

المبحث الثانى

الجهات القضائية المحدودة الولاية

١٨٣ - تحديد وتقسيم :

من المشاهد فى الانظمة القضائية المعاصرة ، وجود جهات قضاء محددة ، تمارس قدرا من ولاية قضاء الدولة ، وذلك بجانبى جهتى القضاء العادى والادارى . يطلق الفقه على هذه الجهات اصطلاح « محاكم خاصة أو استثنائية » .

الا أن وجود هذه المحاكم أو تلك الجهات فى نظامنا القضائى ، كثيرا ما أثار الشكوك حول مشروعيتها ، ودستورية وجودها . لما رآه البعض من أن وجودها ينطوى على افتتات على سلطة القضاء العادى ، والاخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين ، الأمر الذى أدى بالبعض الى المطالبة بالغاء تلك المحاكم الاستثنائية (٣٤) .

ونظرا لأهمية هذا الموضوع وحساسيته ، فإننا نعرض له حتى نقف على حقيقة وجوده ومدى شرعيته ، ثم نحدد بعد ذلك لأهم جهسات القضاء المحدود الولاية فى نظامنا .

المطلب الأول

المحاكم الخاصة ومدى مشروعيتها

١٨٤ - تعريف المحاكم الخاصة أو الاستثنائية :

ليس من السهل وضع تعريف محدد لهذه المحاكم ، اذ لو قلنا أنها المحاكم غير العادية ، بالمقابلة بينها وبين المحاكم العادية ، فإنه يجب علينا الاجابة على سؤال آخر مؤداة : متى تعتبر المحكمة عادية ومتى لا تعتبر

(٣٤) فؤاد العطار ، النظم النيابية والغانون الدستورى ، النهضة العربية ١٩٧٤ ، ص ٢٩٥ .

كذلك ؟ ويسلم الفقه فى عمومہ بهذه الصعوبة (٣٥) . وإن كان لا يقف عند مجرد تقرير هذه الحقيقة ، بل يحاول جاهدا أن يظهر الدلائل على وجود هذه المحاكم الخاصة ، مستعينا فى ذلك بعدة مبادئ تساعد على التعرف على المحاكم الخاصة أو الاستثنائية ، نعرض لأهمها فيما يأتى :

ـ المحاكم العادية ، هى تلك المحاكم صاحبة الاختصاص المحدود بالفصل فى جميع المسائل والدعاوى إلا ما خرج منها بنصوص خاصة . أما المحاكم الخاصة أو الاستثنائية فهى صاحبة الاختصاص المحدود ببعض المنازعات لحماية مصالح خاصة ، أو تتعلق بطائفة معينة من الأشخاص (٣٦) .

ولكن هذا المعيار لا يصلح لإقامة التفرقة فى هذا الخصوص ، إذ يدخل فى القضاء الخاص أو الاستثنائى محاكم لا جدال فى أنها محاكم عادية بالرغم من اختصاصها المحدود ببعض المنازعات ، مثل المحاكم الجزئية المتخصصة ، التجارية أو العمالية ، الأمور المستعجلة وغيرها ، وكذلك مجلس الدولة الذى يفصل فى المسائل الإدارية وحدها (٣٧) .

ـ تتبع المحاكم العادية فى ممارسة وظيفتها عادة إجراءات أكثر تعقيدا من تلك التى تتبعها المحاكم الخاصة . إلا أن هذا المعيار بدوره لا يصلح للتمييز بين نوعى المحاكم ، إذ أن المحاكم العادية قد تتبع فى ممارسة وظيفتها إجراءات مبسطة للغاية كتلك المحددة لاستصدار أوامر الأداء (٣٨) .

(٣٥) أوجوروكو - المطول - ج ١ ص ٨٩ . محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ٣٨ .

(٣٦) زانزوكى - ج ١ بند ١٥ ص ١٦ - ١٧ . أوجوروكو - الإشارة السابقة . فتحى والى - الوسيط ص ٢٣٢ . عبد الخالق عمر - الرجوع السابق - ص ٣٨ رموف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية ١٩٧٨ ص ٤٧٢ .

(٣٧) مع ملاحظة أن الفقه الإيطالى يدخل القضاء الإدارى ضمن القضاء الخاص . انظر زانزوكى ج ١ ص ١٨ وما بعدها ، وتارن كوسستا - ص ١١٣ .

(٣٨) محمد عبد الخالق عمر - ص ٤٠ .

- ومن ناحية ثالثة فإن المحاكم العادية تشكل دائما من قضاة متخصصين فى القانون ، لا يمارسون عملا آخر غير وظيفة القضاء فى حين أن المحاكم الخاصة أو الاستثنائية قد تشكل كليا أو جزئيا من عناصر غير قضائية ، من ذوى الخبرات المختلفة . الا أن هذا المعيار أيضا لا يفصل فضلا تاما بين المحاكم العادية والمحاكم غير العادية ، اذ أنه قد توجد محاكم عادية ومع ذلك يدخل فى تشكيلها عنصر غير قضائى مثل المحكمة الابتدائية فى نظامنا عندما ننظر طعنا فى قرار لجنة تقدير الایاجارات (م ٢٠ من قانون ايجار الاماكن) .

نخلص مما تقدم الى أن الأخذ بمعيار واحد من المعايير السابقة لا يكفى للتمييز بين المحاكم العادية والمحاكم غير العادية (الخاصة أو الاستثنائية) ، وإنما هى مجرد دلائل معينة تعين الباحث على التعرف على المحاكم الخاصة . وبدعا من هذه الحقيقة ، فإننا نرى أن المحاكم الخاصة أو الاستثنائية هى تلك المحاكم ذات الاختصاص المحدود والتي يدخل فى تشكيلها عنصرا غير قضائى ، بالإضافة الى أنها تمارس وظيفتها بإجراءات قد تختلف عن إجراءات التقاضى العادية ، وأن هذه المحاكم لا تمثل تشكيلا من تشكيلات القضاء العادى ولا مكونا من مكوناته (٣٩) .

١٨٥ - م - ثانيا - أهمية التمييز بين المحاكم العادية والمحاكم الاستثنائية :

تظهر هذه الأهمية فيما يلى :

- يرى البعض (٤٠) أن المحكمة العادية هى الجهة العامة فى تولى وظيفة القضاء فى الدولة ، بعكس المحكمة الاستثنائية فإنها جهة قضاء

(٣٩) انظر اجوروكو - المرجع السابق ص ٨٩ .

(٤٠) اوجوروكو - ص ٨٩ - ٩٠ بند ٥ ، زانزوكى ص ١٩ - ٢٠

بند ١٦ . سالتا بند ٣ ص ١١ ، سوليس وبيرى - بند ٥٢٠ ، ج ١ ص ٨٦ ،
فتحي والى ص ٢٣٣ وانظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣ المجموعة س ١٧ ص
٥٤٦ - ٥٤٩ ، ونقض ١٩٧٥/١٢/٣١ - المجموعة س ٢٦ ص ١٧٧٥ .

محدودة بما يدخل فى ولايتها ، ولا تكون جهة قضاء خارج هذا النطاق ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر من المحكمة العادية خارج ولايتها ، يظل له - رغم ذلك - صفة الحكم ، وبالتالي له حجية الأمر المقضى ، بعكس الحكم الصادر من محكمة خاصة خارج ولايتها ، فلا يصدق عليه وصف الحكم ، فهو والعدم سواء ، ولا يحوز أية حجية . إلا أننا لا نوافق على هذه النتيجة . إذ أن الحكم إذا كان صادرا من المحكمة إيا كانت ، خارج ولايتها ، يكون معدوم الحجية أمام محاكم الجهة ذات الولاية ، والتي يجوز لها ، من ثم ، اهداره وإصدار حكم جديد فى الموضوع الذى صدر فيه الحكم الأول المعدوم (٤١) .

- ان تفسير النصوص المحددة لولاية المحاكم الخاصة يجب أن يكون تفسيرا ضيقا ، لأنها نصوص ترد على خلاف الأصل (٤٢) .

١٨٦ - ثالثا - شرعية المحاكم الخاصة أو الاستثنائية :

رأينا أن المشرع فى كثير من الدول يقوم بإنشاء محاكم خاصة ، لتفصل فى مسائل محددة ، مثل القضاء العسكرى ، وغير ذلك من المحاكم الخاصة وسند المشرع فى إنشاء هذه المحاكم هو ما تنص عليه الدساتير غالبا من أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها . . ، وأن القانون هو الذى يحدد الهيئات

(٤١) وهذا هو الرأى السائد فى الفقه المصرى . أبو هيف - ص ٤٠١
- ٤٠٢ بند ٥٣٧ . محمد حامد فهمى بند ٢٩٦ . عبد الفتاح السيد بند ٢٦٥ . عبد المنعم الشرقاوى بند ١٨٩ ص ٢٨٨ . أبو الوفا - نظرية الأحكام بند ١٢٧ ص ٣٤٠ . محمد وعبد الوهاب المشماوى ج ١ بند ٢٨٠ عبد الباسط جيبى - مبادئ المرافعات سنة ١٩٨٠ ص ١٦ - ١٧ عبد الرزاق السنهورى - الوجيز فى شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام بوجهه عام ١٩٦٦ ص ٧٢٩ اسماعيل غانم فى النظرية العمالية للالتزام ج ٢ ص ٥١٥ .

(٤٢) فتوى والى - الوسيط ص ٢٢٤ . فؤاد العطار ص ٢٩٨

القضائية واختصاصها وكيفية تشكيلها (٤٣) إلا أن البعض (٤٤) يشكك في اسناد هذا الحق الى المشرع وبالتالي يشكك في شرعية ، وجود المحاكم الخاصة التى ينشئها . ونقطة البدء عند أنصار هذا اترأى هو مبدأ دستورية القوانين ، اذ أن الدستور هو الذى ينظم السلطات الاساسية فى الدولة ويحدد اختصاصها ، وأن مبدأ الفصل بين السلطات يقضى بأن تستقل كل سلطة فى مزاوله اختصاصها ، ولا تتأثر اختصاصا يدخل فى نطاق اختصاص سلطة أخرى الا بناء على نص فى الدستور . ويترتب على ذلك انفراد السلطة القضائية بالوظيفة القضائية فى الدولة . وأنه لا يجوز انشاء محكمة خاصة الا اذا وجد نص يجيزها فى الدستور .

ومؤدى الأخذ بمبدأ دستورية القوانين هو اجبار السلطتين التشريعية والتنفيذية على احترام اختصاصاتها المحددة فى الدستور ، ويتم ذلك بإبطال القانون الصادر على خلاف أحكام الدستور من جانب القضاء ، أو الامتناع عن تطبيقه ، وينتهى أنصار هذا الرأى الى أن تحديد القانون للجهات القضائية لا يعدو أن يكون توزيعاً للعمل بين مختلف المحاكم التى يتكون من مجموعها السلطة القضائية . ويرتبون على ذلك النتائج التالية (٤٥) .

١ - لا يكون للمشرع اقتطاع جزءا من وظيفة القضاء واسناده الى جهة غير قضائية تستقل بنظره لأن ذلك من شأنه الانتقاص من ولاية القضاء التى اوجب الدستور أن تكون كاملة .

(٤٣) اذ تنص المادة ١٦٥ من الدستور المصرى على أن « السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها .. » أما المادة ١٦٧ منه فتتص على أن : « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط واجراءات تعيين اعضاءها ونقلهم » .

(٤٤) فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستوري ص ٢٩٥ .

(٤٥) انظر فى ذلك فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٣٩٦ - ٣٠١ .

وجدى راغب ، مجادى ، ص ٢١٥ .

٢ - لا يكون للمشرع - ما لم يوجد نص في الدستور ، حق إنشاء محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية ويسند إليها الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلا في ولاية القضاء ، وينص على أن أحكامها انتهازية لا يجوز الطعن فيها أمام محاكم السلطة القضائية .

ومن ثم يكون التشريع الذي يبيح إنشاء محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية تنفرد بجزء من الولاية القضائية هو تشريع باطل ، وغير دستوري .

٣ - ليس للمشرع أن يمنع بعض المنازعات من ولاية القضاء متى ترتب عليها مساس بحقوق الأفراد .

هذا هو خلاصة الرأي القائل بأن التشريعات المنشئة للمحاكم الخاصة ، تعد تشريعات غير دستورية طالما لم يكن هناك نص في الدستور يجيز إنشاء هذه المحاكم . وكان القانون المنشئ لها لا يجيز الطعن في أحكامها أمام محاكم السلطة القضائية .

وقد ذهب رأى آخر (٤٦) الى القول بمشروعية وجود المحاكم الخاصة ولو لم تستند في انشائها على نص خاص في الدستور ، حيث أن الدستور لم يقصر وظيفة القضاء على المحاكم التي حددها هو ، وإنما قصر ولاية للقضاء للمحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها ، وفوضت المادة ١٦٧ المشرع في تحديد الجهات القضائية . وأن المحاكم الخاصة التي ينشئها المشرع تكون لذلك محاكم مشروعة الوجود حتى ولو كانت أحكامها نهائية ، حيث أن بعض أحكام المحاكم العادية تصدر نهائية لا تقبل الطعن فيها .

١٨٧ - رابعا : رأينا الخاص :

مما لا شك فيه أن الرأي الأول يكون صحيحا ومثاليا ، لو أن الدستور كان يقصر وظيفة القضاء على جهة واحدة هي المحاكم العادية ،

(٤٦) انظر محمد عبد الخالق عمر - المرجع السابق ص ٤٤ - ٤٩ ،

دستورية عليا ١٦/٥/١٩٨٢ .

وذلك كما فعل الدستور الايطالى . اذ فى هذه الحالة تتحقق الولاية الكاملة للقضاء العادى ، ويكون أى انتقاص من هذه الولاية عمل غير دستورى ، فضلا عن أن انحسار الوظيفة القضائية فى يد واحدة هى جهة القضاء العادى ، يمثل اتجاها مثاليا راقيا لأن من شأنه أعمال المبادئ الدستورية والسياسية الاساسية اعمالا فعليا مثل مبدأ سيادة القانون ، والفصل بين السلطات كما أن من شأنه كذلك تحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين تحقيقا مباشرا ، اذ أن المواطنين يخضعون فى هذه الحالة لقاض واحد ، يمارس وظيفته وفقا لاجراءات موحدة ، الأمر الذى يؤدى الى تدعيم ثقة المواطنين فى أحكام القضاء . ومن شأن الأخذ بهذا الاتجاه أخيرا القضاء على كل مشاكل التنازع فى الولاية أو الاختصاص ، والتي يحار المواطن أمام تشابك ودقة قواعدها (٤٧) .

ولكن يصعب القول بذلك ، فى ظل نظام لم يأخذ بوحدة جهة القضاء ، مثل النظام المصرى وغيره العديد من الأنظمة المعاصرة . فالدساتير المصرية المتعاقبة بما فيها الدستور الأخير ، لم تعط ولاية القضاء لجهة واحدة ، وإنما وزعتها على عدد من الهيئات القضائية والتي تكون فى مجموعها السلطة القضائية . فنجد أن المادة ١٦٥ منه تنص على أن « السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون » ، ولم يستعمل المشرع لفظ المحاكم العادية فى هذه المادة . ومن ناحية أخرى أعطى الدستور للسلطة التشريعية حق تحديد الهيئات القضائية بنصه فى المادة ١٦٧ « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم تشكيلها ويبين شروط واجراءات تعيين أعضائها ونقلهم » . ونصت المادة ١٧١ منه على أن « ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها » . أما المادة ١٧٢

(٤٧) انظر فى مساوئ المحاكم الاستثنائية . فتجى والى - الوسيط
ص ٢٣٢ - ٢٣٣ . قارن وجدى رافى ، مبادئ ص ٢١٥ .

من الدستور فتنص على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ،
ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية .. » ،
« والمحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها .. وتتولى
دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى
تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون »
(م ١٧٤ ، ١٧٥ دستور) . ثم نصت المادة ١٨٣ من الدستور على أن
ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته فى حدود المبادئ
الواردة فى الدستور .

من هذا كله يتضح ان وظيفة القضاء موزعة على عدد من الهيئات
قام الدستور بالنص عليها وأحال فى بيان تحديدها وترتيبها ،
واختصاصاتها ، وشروط من يتولون القضاء فيها ، الى القانون الذى
يصدر من السلطة التشريعية . وبالتالي فان المحاكم التى أطلق عليها
الفقهاء المحاكم الخاصة أو الاستثنائية ، تكون محاكم مشروعة الوجود ،
والقوانين المنشئة لها ، والمنظمة لقواعدها ، قوانين دستورية طالما التزمت
بالقواعد الدستورية المقررة كمبادئ عامة للتقاضى مثل مبدأ المواجهة
وعلانية الاجراءات واستقلال من يتولون القضاء فيها وغيرها (٤٨) .
وعلى ذلك فاننا نفضل أن نطلق عليها المحاكم ذات الولاية المحدودة ،
وذلك بالمقابلة الى المحاكم ذات الولاية العامة والتى لم يحدد الدستور
أو القانون المسائل التى تفصل فيها على سبيل الحصر .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه بالنسبة للجان الادارية
ذات الاختصاص القضائى ، فانها فى رأينا لا تعد محاكم حتى ولو كانت

(٤٨) أحمد مسلم أصول المرافعات ص ١٥٢ بند ١٥٤ محمد على
راتب ، ونصر كابل وفاروق راتب - قضاء الامور المستعجلة - الطبعة
السادسة ص ٢٨٤ بند ١٦٦ . عكس ذلك محمد عبد الخالق عمر ص
٤٥ ، ص ٦١ .

محاكم خاصة ، وإنما تعتبر مجرد لجان إدارية تصدر قرارات إدارية يطعن فيها بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري (م ١٠ ثامنًا من قانون مجلس الدولة) (٤٩) وبالتالي فلا تدخل في مدلول كلمة « المحاكم » الواردة في نص المادة ١٦٥ من الدستور . ومن ثم لا يجب أن تتولى وظيفة القضاء ، لما في ذلك من اعتداء على السلطة القضائية .

المطلب الثاني

الجهات القضائية ذات الولاية المحدودة

١٨٨ - تحديد :

أنشأ المشرع المصري - استنادًا إلى أحكام الدستور ، عددًا من المحاكم ذات الولاية المحدودة ، أولها قسداً من ولاية قضاء الدولة ، حددته النصوص المنشئة لهذه المحاكم ، وعلينا أن نشير في إيجاز شديد لهذه المحاكم العامة في نظامنا القضائي (٥٠) وهي :

(٤٩) وتواترت على ذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا ، في ١٦/٢/١٩٨٥ ، ٢/٢/١٩٨٥ ، ١/٥ ، ١٩٨٥/١٦ ، ١٩٨٤/٥/١٦ (مجموعة المحكمة الدستورية العليا ج ٢ ، ج ٣ ، ج ٤) .

(٥٠) والذي عدل عدة مرات بالتوائين إرقام ٥ لسنة ١٩٦٨ ، ٨٢ لسنة ١٩٦٨ ، ٥ لسنة ١٩٧٠ ، ١٤ لسنة ١٩٧٠ ، ٤٦ لسنة ١٩٧٩ ، ٧٢ لسنة ١٩٧٥ . ويجب حتى لا يشكك البعض في دستورية هذا القضاء خاصة بعد صدور دستور سنة ١٩٧١ ، أن يعدل قانون الأحكام العسكرية بها يتلاءم مع القواعد التي حددها الدستور بالنسبة للقاضي الطبيعي (م ٦٨ من الدستور) ، وأهم ما يميز هذا القاضي الطبيعي هو كونه غير قابل لل عزل (١٦٨ دستور) ، وعلى ذلك فيجب أن ينص في قانون الأحكام العسكرية على أن قضاة القضاء العسكري غير قابلين للعزل ، وأن يكونوا من بين الحاضرين على ليسانس الحقوق وغير ذلك من الأحكام خاصة أن المادة ١٨٣ من الدستور تنص بأن القانون ينظم القضاء العسكري ويبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة بالدستور .

١٨٩ - ١ - القضاء العسكرى :

وهو القضاء المنصوص عليه فى الدستور (م ١٨٢) والذى ينظمه قانون الاحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ ، والذى يحدد محاكم هذا القضاء وما يدخل فى اختصاصه ، والعقوبات والجرائم التى يباشر وظيفته بشأنها وكذلك من يخضعون لاحكامه وهم العسكريون أصلا أو حكما اذا ما ارتكبوا جريمة عسكرية أو جريمة من جرائم القانون العام ، اذا لم يكن معهم شريك أو مساهم لا يخضع لقانون الاحكام العسكرية . وكذلك المدنيين الذين يعملون بوزارة الحربية أو فى خدمة القوات المسلحة بالنسبة لما يرتكبونه من جرائم أثناء خدمة الميدان . والمدنيون الذين يرتكبون جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ٥ - ٧ من قانون الاحكام العسكرية (٥١) .

كما يخضع لاحكام قانون الاحكام العسكرية رجال الشرطة (الضباط) بالنسبة للأعمال المتعلقة بقيادة قوة نظامية ، وأمناء ومساعدوا الشرطة وضباط الصف والجنود والخفر النظاميون فى كل ما يتعلق بخدمتهم (م ٩٩ من القانون ١٠٩ لسنة ١٩٧١ فى شأن هيئة الشرطة) (٥٢) .

١٩٠ - ٢ - محاكم أمن الدولة :

محاكم أمن الدولة فى نظامنا القضائى نوعان هما :

١ - محاكم أمن الدولة (الدائمة) :

وهى المحاكم المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ، وقد حدد المشرع فى الباب الاول منه تشكيل هذه المحاكم واختصاصها ، بينما حدد الباب الثانى الاجراءات أمامها . وتنشأ فى دائرة كل محكمة من محاكم

... (٥١) راجع المواد من ٤ - ٩ من قانون الاحكام العسكرية .
(٥٢) أنظر فى تفاصيل القضاء العسكرى قدرى الشهاوى النظرية العامة للقضاء العسكرى ١٩٧٥ ص ٦٨ وما بعدها محمود مصطفى - الجرائم العسكرية - ١٩٧١ ص ٣٩ وما بعدها . رؤوف عبيد - المرجع السابق ص ٤٧٣ - ٤٧٤ .

الاستئناف محكمة أمن دولة عليا أو أكثر . كما تنشأ في مقر كل محكمة جزئية محكمة أمن دولة جزئية أو أكثر (م ١) . وتشكل محكمة أمن الدولة العليا من ثلاثة من مستشاري محكمة الاستئناف على أن يكون الرئيس بدرجة رئيس محكمة الاستئناف . ويجوز أن يضم إلى عضوية هذه المحكمة عضوان من ضباط القوات المسلحة القضاة بالقضاء العسكري برتبة عميد على الأقل (م ٢) وقد حدد اختصاص محاكم أمن الدولة بمقتضى المادة الثالثة . وتنعقد محكمة أمن الدولة العليا في كل مدينة بها محكمة ابتدائية (م ٤) وتكون أحكامها نهائية ولا يجوز الطعن فيها إلا بطريق النقض وإعادة النظر (م ٨) ، أما أحكام محاكم أمن الدولة الجزئية فتكون قابلة للطعن فيها أمام دائرة متخصصة بمحكمة الجنج المستأنفة والتي يطعن في أحكامها بالنقض وإعادة النظر .

ب - محاكم أمن الدولة (طوارئ) :

وهي المحاكم التي تشكل - في حالة الطوارئ - وفقا لقانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ . وتختص هذه المحاكم بالفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (م ١/٧ من قانون الطوارئ) ، وكذلك جرائم القانون العام التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (م ٩ من قانون الطوارئ) (٥٣) . وهذه المحاكم نوعان :

- محاكم أمن الدولة الجزئية (طوارئ) :

وتشكل دائرة أمن الدولة الجزئية في المحكمة الابتدائية ، وتصدر أحكامها من أحد قضاة المحكمة الابتدائية ، وتختص بالفصل في الجرائم المعاقب عليها بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين .

(٥٣) انظر في تفاصيل هذا الاختصاص - مصطفى هرجة - التعليق على قانون الطوارئ - ١٩٨٩ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، ص ٥٨ ، ١٦ وما بعدها . وأمر رئيس الجمهورية رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٨ ، وأمر رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ١٩٨١ .

ـ محاكم أمن الدولة العليا (طوارئ) :

وتشكل فى كل محكمة استئناف دائرة بها من ثلاثة مستشارين ، وتختص بالفصل فى الجرائم المعاقب عليها بعقوبة الجنائية ، وتلك التى يعينها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أيا كانت العقوبة المقررة لها . وجدير بالذكر أن رئيس محكمة أمن الدولة العليا (طوارئ) لا يشترط فيه أن يكون بدرجة رئيس محكمة استئناف ، كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة أمن الدولة العليا (الدائمة) .

هذا ويجوز لرئيس الجمهورية ـ فى الأحوال الاستثنائية ـ أن يأمر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القسوات المسلحة لا تقل رتبته عن نقيب أو ما يعادلها ، ودائرة أمن الدولة العليا (طوارئ) من ثلاثة مستشارين وضابطين من الضباط القادة . كما يجوز لرئيس الجمهورية أيضا ـ فى مناطق خاصة أو قضايا معينة ، أن يأمر بتشكيل أمن الدولة من الضباط ، على أن تكون دائرة أمن الدولة العليا ثلاثة من الضباط القادة (م. ٧ ، ٨ من قانون الطوارئ) .

والأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة (طوارئ) لا تقبل الطعن فيها بأى وجه من الوجوه ، ولا تكون نهائية الا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية (م ١٢ طوارئ) ، الذى يكون له عند عرض الأمر عليه أن يخفف العقوبة المحكوم بها أو يستبدل بها غيرها أقل منها ، أو أن يلغى العقوبات المحكوم بها ، كليا أو بعضها ، أو أن يوقف تنفيذها كلها أو بعضها . كما أن له سلطة إلغاء الحكم بالإدانة ، حتى بعد التصديق عليه ، مع حفظ الدعوى ، أو أن يخفف العقوبة أو يوقف تنفيذها (مادتين ١٤ ، ١٥ من قانون الطوارئ) . سواء كان ذلك من تلقاء نفس الرئيس أو بناء على شكوى أو تظلم من ذوى الشأن .

ومما تجدر الإشارة به الى أن اختصاص محاكم أمن الدولة (طوارئ) لا يسلب ـ وعلى ضوء ما استقر عليه قضاء محكمة

النقض (٥٤) - المحاكم العادية اختصاصها بنظر الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه عملاً بقانون الطوارئ ، ولو لم تكن مؤتمة بالقوانين العادية . أعمالاً للمادة ١٥ من قانون السلطة القضائية ، واعتباراً بأن محاكم أمن الدولة (طوارئ) مجرد محاكم استثنائية ، لم يخصها المشرع وحدها دون غيرها بالفصل في المسائل التي تختص بها . وذلك بعكس محاكم أمن الدولة (العادية) التي تختص وحدها دون غيرها بالفصل في المسائل المحددة في المادة الثالثة من قانون انشائها (٥٥) .

ونظراً للصفة للاستثنائية لمحاكم أمن الدولة (طوارئ) ، فقد ثارت الشكوك حول مشروعيتها خاصة وأنها في نظر البعض تمثل خروجاً على مبدأ القاضي الطبيعي ، فضلاً عن أنها دون المحاكم العادية حصانات وضمانات (٥٦) . غير أن محكمتنا الدستورية العليا قد أكدت في أحكامها العديدة على شرعية هذه المحاكم ودستوريتها اعتباراً بأن « محاكم أمن الدولة العليا المشكلة وفقاً لقانون الطوارئ .. هي جهة قضاء اقتضى انشاءها قيام حالة الطوارئ وما يقترن بها من ظروف استثنائية ، ومن بين ما تختص به الفصل في كافة التظلمات والطعون من الأوامر الصادرة بالقبض أو الاعتقال وفقاً لقانون الطوارئ .. واذ كفل المشرع للمعتقل حق التقاضي بما خوله من التظلم من أمر اعتقاله أمام جهة قضائية ..

(٥٤) انظر أحكام النقض الصادرة في ١٩٨٤/١/٢١ في الطعن رقم ١٤٩٣ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٧٦/٤/١٢ في الطعن ١٩٢٠ لسنة ٤٥ ق ، ١٩٧٦/٤/١١ في الطعن ٢٩ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٧٥/١/٥ في الطعن ١٧١٦ لسنة ٤٤ ق . أشار إلى هذه الأحكام - مصطفى هرجة ، ص ٦١/٦٢ .

(٥٥) نفس المعنى ، فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٦ ص ٤٢٣ .

(٥٦) انظر وحيد رافت ، دراسات في بعض القوانين المنظمة للحرية ، ١٩٨١ ، ص ١٩٨ ، محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٠ ، ص ٧٨٢ .

فقد أضحت محكمة أمن الدولة العليا طوارئ القاضى الطبيعى بالنسبة لهذه المنازعات (٥٧) .

١٩١ - ٣ - محكمة القيم :

صدر القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ فى شأن قانون حماية القيم من العيب . محددا القيم الأساسية للمجتمع بأنها المبادئ المقررة فى الدستور والقانون التى تستهدف الحفاظ على حقوق الشعب وقيمته الدينية ومقوماته ، والحفاظ على طابع الأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد ، وحماية الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعى (م ٢ من القانون) ، ومقررا أن الخروج على هذه القيم عيب يرتب المسؤولية السياسية (م ١) . ثم حدد القانون فى المادة الثالثة منه الأفعال المستوجبة للمسئولية السياسية ، وهى :

- ١ - الدعوة التى تنطوى على انكار للشرائع السماوية أو ما يتنافى مع أحكامها .
- ٢ - تحريض النشء والشباب على الانحراف عن طريق الدعوة الى التحلل من القيم الدينية أو من الولاء للوطن .
- ٣ - نشر أو اذاعة أخبار أو بيانات أو اشاعات كاذبة أو مغرضة أو دعايات مثيرة ، اذا تم ذلك فى الخارج وكان من شأنه الأضرار بمصلحة قومية للبلاد .

(٥٧) وكانت باكورة هذه الأحكام الحكم الصادر فى ١٦/٥/١٩٨٤ فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ قضائية (دستورية) فى الدعوى المثالة من محكمة القضاء الإدارى يطلب الحكم بعدم دستورية المادة ٣ من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ بتعديل قانون الطوارئ . والتى نصت على اختصاص محكمة أمن الدولة العليا طوارئ وحدها بالفصل فى النظلمات المرفوعة عن أوامر الاعتقال والقبض ، وبذلك حجبت مجلس الدولة عن ممارسة اختصاصه الأصيل بالغاء هذه الأوامر اعتبارا بأنها قرارات إدارية ، وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية بعد ذلك على ما أورثناه بالمتن (راجع أحكامها الصادرة منها فى ١٩٨٥/٣/٢ فى الدعوى رقم ٥٠ لسنة ٥ ق ، ١٦/٢/١٩٨٥ فى القضية رقم ١٦ لسنة ٥ ق دستورية ، ١٩٨٥/١/٥ فى الدعوى رقم ٧٤ لسنة ٥ ق) .

وذلك كله اذا تمت الأفعال المذكورة بإحدى الطرق المنصوص عليها
فى المادة ١٧١ من قانون العقوبات .

٤ - الأفعال التى تجرمها القوانين أرقام ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية
الوحدة الوطنية ١٩٧٧/٢ ، ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية ،
٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والملازم الاجتماعى .

وقد أنشأ القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ محكمة جديدة على نظامنا
القضائى هى محكمة القيم ، تتولى دون غيرها الفصل فى جميع الدعاوى
التى يقيمها المدعى العام الاشتراكى المنصوص عليها فى المادة ١٦ من
هذا القانون (وهى دعاوى المسئولية السياسية) عن الأفعال المحددة فى
المادة الثالثة من القانون ذاته ، وكذلك كافة اختصاصات (محكمة
الحراسة) المنصوص عليها فى المادة ٣٤ لسنة ١٩٧١ (٥٨) بتنظيم فرض
الحراسة وتأمين سلامة الشعب والمقررة بالقانون المذكور ، كما تختص
بالفصل فى الأوامر والتظلمات التى ترفع إليها طبقاً لأحكام قانون العيب
والحالات المشار إليها فى الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم
٥٣ لسنة ١٩٧٣ بتصفية الحراسات (٥٩) .

وتشكل محكمة القيم من سبعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكمة
النقض ، وثلاثة مستشارين من محكمة النقض او محاكم الاستئناف وثلاثة
من الشخصيات العامة . أما المحكمة العليا للقيم فتشكل من تسعة أعضاء

(٥٨) انظر فى تفاصيل ذلك . ابراهيم صالح - الوجيز فى شرح قانون
المدعى العام الاشتراكى ، عالم الكتب ١٩٨٦ ، والسيد ممر وعبد السلام
البلكى . قوانين ونظام المدعى العام الاشتراكى - منشأة المعارف
١٩٨٨ .

(٥٩) وقد تواتر قضاء النقض على اختصاص محكمة القيم دون غيرها
بنظر المنازعات المتعلقة بالحراسات التى فرضت قبل العمل بالقانون ٣٤
لسنة ١٩٧١ ، ويجب ، من ثم لحالة ما يكون مطروحا على المحاكم بجميع
درجاتهم الى محكمة القيم (١٩٨٦/٤/٢٩ فى الطعون ١٤١٢ ، ١٤٦٨ ،
١٤٩٥ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٧/١١/٢٩ فى الطعن رقم ١٥٦٩ لسنة
٥٤ ق ، ١٩٨٥/١١/١٤ ، ١٩٨٥/١١/٧ ، ١٩٨٥/١٠/١٦ ، ١٩٨٥/١٠/١٦) (منشور
فى مجلة القضاء من ٢١ ، ١٩٨٨ ، ص ٢٥٧ - ٢٥٨) .

يرأسهم أحد نواب رئيس محكمة النقض ، وعضوية أربعة مستشارين من محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربعة من الشخصيات العامة (م ٢٧) .

وتعقد محكمة القيم جلساتها بدار القضاء العالى بالقاهرة أو بمقر أية محكمة استئنافية أخرى يصدر بتحديد قرار من رئيسها (م ٣٣) .
والاحكام الصادرة من محكمة القيم قابلة للطعن فيها أمام المحكمة العليا للقيم التى يكون حكمها نهائيا غير قابل للطعن فيه بأى وجه من الوجوه عدا اعادة النظر (م ٥٠/٣٩) .

١٩٢ - المحكمة الدستورية العليا :

١ - ضرورتها ونشأتها :

رأينا أن الجهات التى تمارس ولاية القضاء ، جهات متعددة ، بعضها عام الولاية ، وبعضها خاص . فمن الطبيعى ، والأمر كذلك ، أن تتنازع تلك الجهات بخصوص ولايتها وحدودها ، الأمر الذى يستلزم بالضرورة ايجاد جهة قضاء محايدة تفصل فى هذا النزاع . ومن البديهي ألا تكون هذه الجهة تابعة لأى من الجهتين المتنازعتين ، حتى لا تكون خصما وحكما فى ذات الوقت . ومن ناحية أخرى فان تسيير النظام القانونى فى اندولة يقتضى أن تطبق التشريعات فى مختلف أنحاء الدولة تطبيقا واحدا ، وعلى ذلك فان الحكم على مدى شرعية قانون أو عدم شرعيته لابد أن يكون بالنسبة لكل المحاكم ، وهذا يستلزم أن يوكل هذا الأمر لجهة واحدة ، تلتزم برأيها كل أجهزة القضاء فى الدولة ، اذ لا يقبل من محكمة أن تقضى بدستورية قانون معين فى حين تقضى محكمة أخرى بعدم دستوريته ، محافظة على وحدة الحكم على القانون .

ومن ناحية ثالثة فان المشرع قد يصدر تشريعات غامضة ، تحتاج الى تفسير ، وتختلف المحاكم فى تفسيره اختلافا كبيرا ، الأمر الذى يؤدي الى فقد الثقة بالقانون واحكام القضاء لدى الجمهور . وفى سبيل ذلك لابد أن يحدث تدخل معين ، لوضع الأمر فى نصابه ، ومنع

هذا التضارب حول معانى القانون ، والتدخل قد يحدث من المشرع نفسه ، وهذا فرض نادر الحدوث ، وقد يحدث هذا التدخل من جانب القضاء وفى الحالة الأخيرة لابد أن يصدر من محكمة واحدة ، ولابد أن تكون هذه المحكمة محايدة .

وكل هذه الاعتبارات مجتمعة تدخل المشرع ولأول مرة فى نظامنا القضائى وإنشاء جهة قضاء جديدة مستقلة عن القضاء المدنى وعن القضاء الادارى ، تتولى الفصل فى مسألة دستورية القوانين وتقوم بتفسير ، القوانين كما تقوم بحل التنازع بشأن الولاية وغير ذلك من الاختصاصات وتمثلت هذه الجهة فى المحكمة العليا . وكان ذلك بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، والذى حددت مادته الرابعة اختصاصات هذه المحكمة . ولما صدر الدستور المصرى الدائم فى سنة ١٩٧١ أكد وجود هذه المحكمة بنصه فى المادة ١٧٤ منه على أن « المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية مقرها مدينة القاهرة » وبهذا النص تغير اسم هذه المحكمة الى المحكمة الدستورية العليا بدلا من المحكمة العليا والذى نص عليه قانون انشائها الصادر فى سنة ١٩٦٩ . ثم صدر قانون المحكمة الدستورية العليا الجديد رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، ملغيا قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، وقانون الاجراءات والرسوم امامها الصادر بالقانون ٦٦ لسنة ١٩٧٠ وكذلك القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٦ ببعض الاحكام الخاصة بالمحكمة العليا (م ٩ من مواد الاصدار) .

٢ - تشكيلها واختصاصها :

تؤلف المحكمة الدستورية العليا « من رئيس وعدد كاف من الاعضاء . وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها .. » (م ٣) . وأعضاء هذه المحكمة غير قابلين للعزل ولا ينقلون الى وظائف أخرى الا بموافقتهم .

وتختص المحكمة دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وكذلك بالفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى ، وذلك إذا ما رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل أحدهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها . وتختص المحكمة كذلك بالفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها (م ٢٥) . وبالإضافة الى ذلك تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية .. وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها (م ٢٦) .

وأحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن (م ٤٨) فضلا عن أن أحكامها فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة (م ٤٩) . هذا وقد حدد الفصل الثانى من الباب الثامى من قانون المحكمة (المواد ٢٨ - ٤٥) ، الاجراءات الواجب اتباعها بشأن ممارسة هذه المحكمة لوظيفتها وبالإضافة الى هذا تختص المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى كل ما يتعلق بأعضائها وشئونهم ، وذلك تأكيدا على استقلالها عن جهات القضاء الأخرى فى الدولة . من هذه الاختصاصات ما يلى :

- اختصاص هذه المحكمة بالفصل فى طلبات الرد ودعوى المخاصمة المقدمة ضد أحد أعضائها ، وتفصل فيها بكامل أعضائها عدا العضو المطلوب رده أو المخاصم (م ١٥) .

- اختصاص المحكمة دون غيرها بالفصل فى الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضائها أو المستحقين عنهم ، وكذلك بإلغاء القرارات الادارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم وطلبات التعويض المترتبة عليها (م ١٦) .

- تتولى الجمعية العامة للمحكمة اختصاصات المجلس الأعلى
للهيئات القضائية بالنسبة لأعضائها ، كما يتولى رئيس المحكمة اختصاصات
وزير العدل (م ١٧) .

- قيام الجمعية العامة للمحكمة منعقدة فى هيئة محكمة تأديبية
بالفصل فى الدعاوى التأديبية المتعلقة بعضو من أعضائها ، كما تتولى
هذه الجمعية اختصاص اللجنة المنصوص عليها فى المادتين ٩٥ ، ٩٦
من قانون السلطة القضائية واختصاصات مجلس التأديب المنصوص عليها
فى المادة ٩٧ منه (م ١٩ ، ٢٠) .

- تفصل المحكمة دون غيرها فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ
الأحكام والقرارات الصادرة منها ولا يترتب على رفع المنازعة وقف
التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك قبل الفصل فى المنازعة (م ٥٠) .

يتضح من كل ما تقدم أن المحكمة الدستورية العليا لا تعد
تشكيلا من تشكيلات القضاء المدنى ولا تشكيلات القضاء الادارى ، وانما
هى هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها (٦٠) ، تباشر ولاية معينة ، ومن
ثم فلا تعتبر جهة طعن فى أحكام المحاكم الأخرى ، وبعبارة أخرى فإن
المحكمة الدستورية ليست جهة طعن فى الأحكام عندما تنظر طلب النزاع
فى الاختصاص أو فى النزاع القائم حول تنفيذ حكمين نهائيين متعارضين
فلا تمتد ولايتها الى بحث مدى مطابقة تلك الأحكام للقانون أو تصحيحها
بل تقتصر على تحديد أى الجهات القضائية المتنازعة هى صاحبة الولاية
بالفصل فى النزاع ، أو أى الحكمين المتناقضين صدر من الجهة التى لها
ولاية الحكم فى النزاع ، فيكون أولى بالتنفيذ (٦١) . كما لا يكون لها
مراقبة الأحكام الصادرة عن غيرها ، لا من حيث الواقع ولا من حيث
القانون (٦٢) ، كما لا يجوز التمسك أمامها بوقف تنفيذ أى حكم صادر
من أى محكمة أخرى (٦٣) :

(٦٠) عبد الباسط جيمى - نظرية الاختصاص ص ٢٠٢ . أحمد أبو
الوفا - المرافعات ص ٢٥٢ بند ٢٢٠ ، إبراهيم سعد - ص ٣٨٥
هامش (١) .

(٦١) دستورية عليا ١٩٨٤/١/٢١ - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية
١٩٨٧ - ج ٣ ص ٣٨٠ .

(٦٢) عبد الباسط جيمى - نظرية الاختصاص - بند ٢٠٣ ، أحمد
أبو الوفا - ط ١٢ ص ٢٥٣ .

(٦٣) أبو الوفا - الإشارة السابقة .

الفصل الثاني

ولاية القضاء العادى

١٩٢ - تمهيد :

راينا كيف أن القضاء العادى لا يحتكر ولاية القضاء فى الدولة ،
اذ توجد بجانبه جهات أخرى تمارس قدرا من هذه الولاية .

واذا أردنا تحديد ولاية القضاء العادى ، كان علينا تحديد الحدود
التي تنحصر عنها ولاية القضاء المصرى ، فى عمومها وبكل جهاته ، ثم
بعد ذلك نحدد نطاق ولاية القضاء العادى . وحيث أن تعدد جهات
القضاء فى الدولة من شأنه أن يحدث تنازعا بينها ، الأمر الذى يستوجب
ايجاد وسيلة لحل هذا التنازع . وعليه ينقسم هذا الفصل الى مباحث
ثلاثة ، نبين فى الأول حدود ولاية قضاء الدولة ، وفى الثانى نطاق
ولاية المحاكم ، أى القضاء العادى . ونخصص الثالث للحديث عن انتفاء
الولاية والتنازع بشأنها .

المبحث الأول

ولاية قضاء الدولة وحدودها

المطلب الأول

مفهوم ولاية القضاء

١٩٤ - تعريف الولاية القضائية :

الولاية لغة هي الامارة والسلطان (١) ، وهي اصطلاحاً سلطة تثبت لشخص للتصرف في شئون غيره جبراً عنه سواء كان ذلك في الشئون العامة كالخلافة وغيرها أو الشئون الخاصة كالولاية على النفس أو المال . وهي بعبارة أخرى سلطة قانونية تجيز لشخص التصرف في شئون غيره . ولذا يطلق عليها الفقه الفرنسي « الحق الغيرى » droit à fin altruieste (٢) .

ولاية القضاء potesta giuris dizionale Juridiction

لا تخرج عن المعنى المتقدم ، فهي تثبت للدولة تخولها رعاية مصالح رعاياها والطارئين عليها عن طريق ما تنشئه لذلك من جهات ، باعتبار أن الدولة هي الأمانة على مصالح الناس وتسييرها .

ويصور البعض هذه الولاية على أنها مكنة وواجب في آن واحد (٣) ولكن يجب لفت الأنظار الى أنه وإن كان القضاء والجلوس له واجب على الدولة ، فهي كما قيل فرض عين عليها ، إلا أن ذلك ليس التزاماً عليها

(١) القاموس المحيط ، ج ٤ ، ص ٣٠١ .

(٢) اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ١٩٥٨ ، ص ١٦ . ويطلق عليها الإيطاليون potere - كوستا ، بند ٥٦ ، وكارنيولوتي - النظرية العامة ، ص ١٥٢ ، والدعوى والخسومة ١٩٥٨ ، بند ٥ potestà ، وكيفندأ - مبادئ ص ٣٧٩ ، وميكيلي ، ج ١ ، ص ٢٢١ . وانظر تعريف الولاية في الفقه الاسلامي - أبو زهرة - الأحوال الشخصية ، ص ١٢١ . محمود هاشم ، القضاء ونظام الإثبات بند ٥١ .

(٣) أوجوروكو ، ج ١ ص ٢٣٥ - وجدي راغب ، رسالة ، ص ٥٦٣ .

فى مواجهة الخصوم . فعندما يجلس القاضى للقضاء بين الناس ، فانه لا يقوم بواجب عليه تجاه الخصوم ، وانما يؤدى واجبات وظيفته (٤) .

وإذا كانت الدولة هى صاحبة الولاية القضائية ، فانها تباشرها بواسطة الهيئات القضائية التى تقوم بانثائها ، والتى يتكون منها السلطة القضائية ، التى نص الدستور على استقلالها (م ١٦٥) (٥)

المطلب الثانى

حدود الولاية القضائية للدولة

١٩٥ - تحديد :

إذا كانت الوظيفة القضائية احدى الوظائف الرئيسية فى الدولة ، وأن ولاية القضاء ومباشرة الدولة لهما مظهر من مظاهر سيادة الدولة (٦) ، وأن القضاء سلطة من سلطات الدولة ، فمن الطبيعى أن تتحدد ولاية القضاء بحدود سيادة الدولة ، فتمتد اقليميا حيث تمتد سيادة الدولة ، وتنحصر حيث تنحصر هذه السيادة . وعلى ذلك يمارس القضاء ولايته على كل من يوجد على اراضى الدولة ، مواطنين كانوا أو اجانب ، وكل ما يقع على اراضيها من وقائع وجرائم .

وإذا كان ذلك هو الأصل ، فان المشرع فى كثير من الدول - لاعتبارات مختلفة - يخرج على ذلك ، ويمنع قضاء الدولة من الفصل فى الدعاوى المرفوعة على بعض الأشخاص ، أو خاصة ببعض الاموال أو ببعض الأعمال على التفصيل الآتى :

-
- (٤) روكو أوجو ، ج ١ ص ٢٣٥ . وجدى راغب ، رسالة ، ص ٥٦٣ ، هاشم - قانون القضاء المدنى ، ج ١ ، ص ٢٩٧ ، القناء ونظام الاثبات ، ص ٨٧ - ٨٨ ، بند ٥١ .
- (٥) أنظر تفصيلا - نور شحاته ، استقلال القضاء ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .
- (٦) أنظر ميكيللى ، محاضرات ، ج ١ ص ١٧ ، كيوفندا ، مبادئ ، ص ٣٠٣ ، كوستا ، بند ٢٧ ، سالتا - المرافعات ، ١٩٥٩ ، ص ١٣ .

١٩٦ - أولا - الدعاوى المرفوعة على الأشخاص خاص المتمتعين بالحصانات الدبلوماسية :

اعمالا لاعراف دولية مستقرة ، يعترف المشرع فى كل دول العالم
لبعض الأشخاص بنوع من الحصانات الدبلوماسية (٧) التى تحجبهم عن
الخضوع لولاية قضاء الدولة الموجودين فى أراضيها وهم :

١ - رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء البعثات التمثيلية :

يتمتع بالحصانات الدبلوماسية رؤساء الدول الأجنبية ، ملوكا
كانوا أم رؤساء جمهوريات ، وكذلك الدبلوماسيون مثل السفراء والوزراء
المفوضون والمستشارون وغيرهم ممن تثبت لهم الصفة التمثيلية السياسية
لدولهم فى اقليم دولة أخرى مثل القناصل والمحقوق الثقافيون أو
التجارىون وغيرهم . وكل هؤلاء لا يخضعون لولاية قضاء الدولة التى
يتواجدون على أراضيها ، وأساس ذلك عدم المساس بصيادة الدولة التى
يمثلونها ، ومن المعلوم أن نطاق هذه الحصانات يختلف ضيقا واتساعا
من دولة الى أخرى ، فقد تتمتع فى بعض الدول لتشمل كافة تصرفات

(٧) انظر فى تفاصيل هذه الحصانات ٠٠ عز الدين عبد الله - القانون
الدولى الخاص ج ٢ . سنة ١٩٧٢ ص ٧٥٧ وما بعدها بند ٢٠٠ وما يليه .
على الزينى - القانون الدولى الخاص المصرى المقارن سنة ١٩٣٠ . فؤاد
رياض وسامية راشد - الوجيز فى القانون الدولى الخاص سنة ١٩٦٩
ص ٢٨ وما بعدها . وانظر أحكام اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية
الموقعة فى ١٨/٤/١٩٦١ والتى انضمت اليها مصر بالقرار الجمهورى ٤٦٩
لسنة ١٩٦٤ والمنشورة فى الجريدة الرسمية العدد ٢٧١ بتاريخ ٢٥/١١/١٩٦٤
وانظر فى فقه القانون الدولى العام محمد حافظ غانم - الوجيز
فى القانون الدولى العام ١٩٧٣ ص ٤٣٦ وما بعدها . عبد العزيز سرحان -
القانون الدولى العام ١٩٧٣ ص ٣٨٣ - ٣٨٥ . حامد سلطان - القانون
الدولى العام فى وقت السلم ١٩٦٥ ص ١٧٢ وما بعدها بند ١٨٠ ، وانظر
فى فقه القانون الايطالى

Morano L. in tema d'essenzione della giurisdizione degli agenti dipolma-
tici, nota sulla sent. di trib. Roma 22/5/1950, in Riv. dir. proc. 1950 II
p. 248.

Andrioli V. Rassegna di giuris. sul cod. di proc. civ. I 1954 No. 9 p. 153.

الممثل الدبلوماسى الأجنبى ، حتى ولو لم تكن متصلة بعمله السياسى .
وتضيق هذه الحصانات فى دول أخرى بحيث لا تشمل الا تلك الاعمال
التي تتصل بالعمل السياسى ولا تمتد لتشمل تصرفاته الشخصية .
ففى مصر يتمتع رجال المملك السياسى الأجنبى بالحصانة القضائية فى المسائل
المدنية والتجارية وذلك فيما يتعلق بأعمالهم الرسمية فقط ، أما فى
غيرها والتي لا صلة لها بأعمالهم فلا تلحقها الحصانة القضائية (٨) .
أما رجال الملك القنصلى فيتمتعون بالحصانة القضائية فى المسائل
المدنية والجنائية التي تتعلق بأعمالهم الرسمية ويخضعون فيما عداها
للقضاء المصرى (٩) .

ومن الملاحظ ان الحصانة القضائية لا تمنع من مقاضاة العضو
المتمتع بها أمام قضاء دولته ، كما أن الحصانة لا تمنع من رفع الدعاوى
العينية المتعلقة بالأموال الخاصة الموجودة بأقليم الدولة ودعاوى الارث
والتركات الا اذا كان العضو يباشرها نيابة عن دولته ، كما لا تمنع
الحصانة من رفع الدعاوى المتصلة بالنشاط المهنى أو التجارى للعضو .

٢ - الدول الأجنبية :

لا تمتد ولاية القضاء الوطنى كذلك الى الدعاوى التي ترفع على
الدول الأجنبية ، حتى لا يكون هناك مساس بسيادة تلك الدول . مع
ملاحظة أنه اذا كان أساس عدم الولاية هنا هو المساس بسيادة الدولة
الأجنبية ، فيكون عدم الولاية قاصرا لذلك على تلك الدعاوى التي تنطوى
على هذا المساس ، وبعبارة أخرى تدخل المسائل التي لا تنطوى على
هذا المساس فى سيادة الدولة مثل المنازعات أو الدعاوى التي ترفعها
الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطنى ، وكذلك الدعاوى المتعلقة بأموال تلك

(٨) ولكن يجب على النيابة استطلاع رأى النائب العام فيما يتبع بشأن
ما يرد إليها من اقلام المحضرين والكتاب من الأوراق المتعلقة بهذه المسائل
(القاعدة ٧٦٦ من تعليمات النائب العام) .

(٩) راجع تعليمات النائب العام أرقام ٨٠٠ ، ٨٠٣ ، ٨٠٤ .

الدولة فى الاقليم الوطنى أو الاعمال التجارية التى قامت بها هذه الدول
الأجنبية (١٠) .

٣ - دعاوى الهيئات والمنظمات الدولية :

تعترف التشريعات المعاصرة لأشخاص القانون الدولى من الهيئات
والمنظمات الدولية ولمثيلها فى الدول المختلفة بنوع من الحصانات
تحجبهم من الخضوع لولاية القضاء الوطنى . وغالبا ما تنص المعاهدات
المنشئة لهذه الهيئات أو تلك المنظمات على مبدأ الحصانة الدبلوماسية
بالنسبة لأموالها وموجوداتها وممثليها فى الدول المختلفة وإذا ما صدقت
الدولة على هذه المعاهدات فإنها تصبح طرفا فيها وتلتزم بما جاء بها ،
ومنها تمتع مكاتب هذه الهيئات أو أموالها وكذلك من يمثلونها
بالحصانات المقررة ، ومن ثم يمتنع مقاضاتهم أمام محاكم هذه الدولة
إلا إذا قبلوا صراحة أو ضمنا خضوعهم لها (١١) .

١٩٧ - ثانيا : الدعاوى العينية المتعلقة بعقار موجود بالخارج :

تخرج أيضا جميع الدعاوى العينية العقارية والمتعلقة بعقار موجود
بالخارج عن نطاق ولاية القضاء الوطنى . بغض النظر عن جنسية
الخصم وذلك اعمالا لعرف دولى مستقر يقضى باختصاص قضاء موقع
العقار بالدعاوى المتعلقة به (م ٢٨/٢٩ مرافعات) (١٢) .

وفيما عدا ما تقدم فإن جميع المسائل ولو كانت ذات عنصر أجنبى
تدخل فى ولاية القضاء المصرى فتتظر هذه المحاكم الدعاوى التى ترفع
على المصرى ولو لم يكن متوطنا أو مقيما فى مصر ، وكذلك تلك الدعاوى

(١٠) انظر فى ذلك عبد الباسط جيمعى - نظرية الاختصاص ص ١٢١
وفى ذلك قررت محكمة النقض بأن الحصانة القضائية يتحدد نطاقها بالاعمال
التي تبأثرها الدولة بما لها من سيادة ومن ثم فتتخسر عن المعاملات المدنية
وال تجارية وما يتفرع عنها من منازعات (نقض ١٩٨٦/٤/٢٩ فى الطعون
١٤١٢ ، ١٤٦٨ ، ١٤٩٥ لسنة ٥٠ قضائية ، نقض ١٩٨٦/١١/٢٦ ، مجلة
القضاء ، س ٢١ ، عدد ١٠ ص ٢٥٤ - ٢٥٥) .

(١١) انظر عبد الباسط جيمعى - مبادئ المرافعات ص ١٢٧ - ١٢٨

(١٢) انظر كوستا - الوجيز بند ٥٨ ، ص ٨٤ .

التي ترفع على الأجنبي الذي له محل إقامة أو موطن بمصر (٢٨ ، ٢٩ مرافعات) وكذلك الدعاوى التي ترفع على الأجنبي ولو لم يكن مقيما بمصر أو متوطنا بها في الحالات التي نصت عليها المادة ٣٠ من قانون المرافعات (١٣) .

١٩٨ - ثالثا : أعمال السيادة : les actes de Souveraineté

شاء المشرع أن يخرج نوع من الأعمال الحكومية من ولاية القضاء ، لتظل بمنأى عن رقابة القضاء ، ولا تكون محلا لمناقشات وتحقيقات تجرى علنا أمام المحاكم ، من حيث مبرراتها وجدواها والتعويض عنها . وهذا النوع من الأعمال هو ما اصطلح على تسميته « بأعمال السيادة » (١٤) . وهى تلك الصادرة عن الحكومة بمقتضى سلطاتها

(١٣) انظر تفاصيل ذلك المؤلفات العامة في فقه القانون الدولي الخاص وخاصة عز الدين عبد الله - المرجع المشار اليه ، فؤاد رياض وسامية راشد - للرجع المشار اليه . هشام على صادق في تنازع الاختصاص القضائي الدولي . احمد قسمت الجداوى مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام وتنفيذ الأحكام الأجنبية ١٩٧٣ . ابراهيم احمد ابراهيم - الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني سنة ١٩٨٠ .

(١٤) انظر في تعريف أعمال السيادة ومعياريها والنقد الموجه اليها عبد الفتاح ساير داير - نظرية أعمال السيادة - رسالة ج القاهرة ١٩٥٤ مطبوعة سنة ١٩٥٥ . محمد زهير جرانة - رسالة عن الأمر الإداري ورقابة القضاء ، له في مصر بالفرنسية ، ج القاهرة ١٩٣٥ ص ٢٧ وما بعدها ، عبد السلام ذهني بك - مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة ١٩٢٩ ص ٣٤٣ وما بعدها . سليمان الطحاوي - الوجيز في القضاء الإداري سنة ١٩٧٢ ص ٢٧٠ وما بعدها . فؤاد العطار - القضاء الإداري ١٩٦٨ ص ٥٢٧ وما بعدها . كامل ليلة - الرقابة على أعمال الإدارة - بيروت سنة ١٩٧٠ ص ٦٦٢ وما بعدها . أحمد أبو الوفا - المرافعات ص ٢٥٤ وما بعدها ، بند ٢٣٤ . محمد وعبد الوهاب العشماوي - ج ١ ص ٣٧١ . أحمد مسلم - أصول المرافعات ١٩٧٩ ص ١٧٨ . ابراهيم نجيب ص ٣٥٤ . رمزي سيف ص ١٨٥ - ١٨٧ . محمد حامد فهمي - ص ٤٩ وما بعدها . أحمد السيد صاوي - الوجيز ص ١٧٢ بند ١٦٤ . وقد عرفت محكمتنا الدستورية العليا في العديد من أحكامها بأن أعمال السيادة وإن كانت لا تقبل الحصر والتحديد

العليا مستهدفة ارساء النظم الأساسية للمجتمع ، مثل تطبيق نظام معين
لادارة ، أو الاخذ بنظام سياسى أو اقتصادى معين . وكذلك تلك الأعمال
التي تتخذها الدولة للدفاع عن الدولة داخليا أو خارجيا محافظة على
استقلالها وسلامة أراضيها ، وكذلك المعاهدات التي تبرمها الدولة وعلان
الحرب وضم اراضى للدولة أو التنازل عن جزء منها ، وكذلك القرارات
المنظمة للقوات المسلحة والمتعلقة باعلان الاحكام العرفية وغير ذلك
من الاجراءات التي تلجأ الدولة اليها فى اوقات الحروب أو الازمات (١٥)
ويدخل فى أعمال السيادة أيضا تلك الأعمال المتعلقة بالدين العام أو
النظام النقدى فى الدولة .

وقد نصت المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة
١٩٧٢ على أنه « ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة
فى أعمال السيادة » وينفس المعنى تنص المادة ١١ من قانون مجلس
الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . الامر الذى يؤدى بنا الى القول بان أعمال
السيادة تخرج عن ولاية القضاء ، العادى والادارى . فليس لايهما أن
ينظر فيها بطريقة مباشرة او غير مباشرة ، الغاء أو تعويض . الا أن وجود

الا ان هذه الأعمال يجمعها اطار عام هى أنها تصدر عن الدولة بها لها من
سلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية مستهدفة تحقيق المصالح العليا
للجماعة والسهر على احترام دستورها والاشراف على علاقتها مع الدول
الأخرى ، وتأمين سلامتها وأمنها فى الداخل والخارج (دستورية عليا
١٩٨٢/٦/٢٥ فى القضية رقم ٣ لسنة ١ ق دستورية . مجموعة المحكمة
الدستورية ج ٢ ، ص ١٥٥) .

(١٥) محمد حامد فهمى - الاشارة السابقة - محمود هاشم - مذكرات
فى النظام القضائى وقواعد الاختصاص ١٩٧٨/٧٧ ص ٧٨ - سليمان
الطهاوى - القضاء الادارى ١٩٦٧ ص ٤١٧ وما بعدها . وانظر فى تعريف
أعمال السيادة وباهيتها حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٦/٧/٣ فى الدعوى
رقم ٥ السنة الخامسة قضائية - منشور فى مجموعة احكام وقرارات المحكمة
العليا - القسم الأول سنة ١٩٧٧ رقم ٣٦ . فلا يدخل فى ولاية المحاكم نظر
الدعوى المتعلقة بالأضرار الناجمة عن أعمال الحرب المعترفة من أعمال
السيادة . نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ - مجلة القضاء س ٢١ ، العدد الأول
يناير / يونيو ١٩٨٨ ، ص ٢٥٥ .

هذه الأعمال ولا شك بعيدا عن رقابة القضاء يمثل دون شك انتهاكا صارخا لمبدأ الشرعية "Principe de legalité" الذى يستلزم بسط رقابة القضاء على كل ما يصدر عن الحكومة من أعمال . ولهذا حاول الفقه جاهدا حصر أعمال السيادة فى أضيق الحدود ، ولكنه لم يهتد الى تعداد محدد لها ، وإنما تطلب فى العمل الذى يخرج عن ولاية القضاء أن يكون بالفعل من الأعمال السيادية بالمعنى الحقيقى ، فلا يكفى لشل سلطة القضاء فى نظر دعوى متعلقة بعمل من الأعمال الحكومية ، أن تثبت الحكومة بأن العمل مما يدخل فى أعمال السيادة ، وإنما عليها أن تثبت لنقض أن هذا العمل يدخل بالفعل ضمن أعمال السيادة ، ومن ناحية أخرى فإنه وإن كانت أعمال السيادة تخرج عن نطاق ولاية المحاكم ، فإن القضاء يظل صاحب الولاية العامة والأصيلة فى تكييف العمل واعتباره من قبيل أعمال السيادة أو ليس من هذا القبيل (١٦) .

ومن الجدير بالذكر أن الدستور المصرى الجديد الصادر فى سنة ١٩٧١ يعد أن نص على أن التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، نص فى الفقرة الثانية من ذات المادة ٦٨ على أنه « ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء » . الأمر الذى يلقى كثيرا من الشك حول دستورية النصوص المتعلقة بأعمال السيادة وهى أعمال حكومية الأمر الذى يستوجب خضوعها لرقابة القضاء ، وعدم دستورية النصوص التى تقضى بتحصيلها من الرقابة القضائية . وعلى فقه القانون الدستورى أن يبين لنا ما إذا كانت أعمال السيادة تدخل فى مفهومها فى أعمال الإدارة أم لا . وعلى الجملة فيجب قصر أعمال السيادة فى أضيق نطاق ممكن بحيث تقتصر على تلك المسائل التى تتعلق بسيادة الدولة بالفعل . ونكتف بهذا القدر تاركين ذلك ومزيدا من التفاصيل حول هذه الأعمال لفقهائى القانون العام (أنظر حكم المحكمة العليا فى ١٩٧١/١١/٦ - المشار إليه) .

(١٦) أنظر محمد وعبد الوهاب العشماوى - ج ١ ص ٣٧٤ . إبراهيم سعد - ص ٣٥٤ . أحمد السيد صاوى - الوجيز - ج ١ ص ١٧٢ ، بند ١٦٤ وانظر نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ - مجلة القضاة ، س ٢١ ، ع ١ ، ص ٢٥٥ ، نقض ١٩٨٢/١/٦ ص ٣٤ - ٣٨ - ١٣٤ ، نقض ١٩٤٤/١١/٢٣ مجموعة القواعد ج ٤ ص ٤٤٥ ، ونقض ١٩٦٨/٣/٥ المجموعة س ١٩ ص ٥٠١ . ١٩٧٨/٤/١٥ نى الطعنين ٥٤٥ و ٥٥٠ لسنة ٤٤ قضائية . حكم لم ينشر بعد .

المبحث الثمانى

نطاق ولاية القضاء العادى

١٩٩ - تحديد :

فيما عدا المنازعات السابق ذكرها فى المبحث الاول ، تثبت لقضاء الدولة ولاية الفصل فى المنازعات كافة . ولما كان القضاء العادى لا يستأثر وحده بولاية قضاء الدولة ، وانما يشاركه فيها جهات أخرى .

وحتى نستطيع تحديد نطاق ولاية القضاء العادى ، فلا بد أن نحدد ما يخرج عن ولايته لدخوله فى ولاية جهة قضاء أخرى .

المطلب الاول

المسائل التى تخرج من ولاية القضاء العادى

٢٠٠ - يخرج من ولاية القضاء العادى ، ما يدخله النظام فى ولاية جهات قضائية أخرى ، ومن هذه المسائل ما يلى :

٢٠١ - أولا - المسائل الادارية والدعاوى التأديبية :

تنص المادة ١٧٢ من الدستور على أن : « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية » ، كما حددت المادة العاشرة من قانون المجلس اختصاصاته وفى نهايتها نصت على اختصاصه دون غيره « بالفصل فى سائر المنازعات الادارية » ، وكانت المادة ١٥ من قانون السلطة قد نصت على أنه « فيما عدا المنازعات الادارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات » .

يبين من جماع تلك النصوص أن ولاية الفصل فى المنازعات الادارية كافة تكون للقضاء الادارى . وقد غدا هذا القضاء هو جهة القضاء العامة

فى نظر المنازعات الادارية الا ما أخرجه المشرع منها بنص خاص مثل القرارات الادارية المتعلقة برجال القضاء والنيابة ، وتلك المتعلقة بأعضاء المحكمة الدستورية . فلم تعد ولاية القضاء الادارى محددة على سبيل الحصر ، وتخرج ولاية الفصل فى هذه المنازعات عن ولاية المحاكم العادية ، سواء تعلقت بقرارات ادارية أو عقود ادارية . وعلى ذلك يخرج عن ولاية القضاء المدنى ما يلى :

- المنازعات المتصلة بالقرارات الادارية : سواء بالغائها أو تأويلها أو تعديلها . والقرار الادارى هو القرار الذى تفصح به الادارة عن ارادتها الملزمة ، بما لها من سلطة عليا بمقتضى القوانين ، وذلك بقصد احداث مركز قانونى معين ، متى كان ممكنا وجائزا وكان الباعث عليه مصلحة مشروعة (١٧) .

- المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى : فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والحكم فى منازعات العمل ، والقرارات الصادرة من لجان القبول بنقابة المحامين .

(١٧) انظر نقض ١٩٨٦/١٢/٢٣ فى الطعن ٤٣٧ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٦/١٢/٢٥ فى الطعن ٢٢٠٠ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٨٦/١٠/٣٠ فى الطعن ٦٨٦ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٥/١/١ فى الطعن ٧٩٥ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٨٣/٣/٢٧ ، س ٣٤ ، ص ٧٨٦ .

مع مراعاة أن قرار الاستيلاء على عقار الصادر من المحافظ لصالح وزارة التربية ، لا يعتبر قرارا اداريا ، وتختص المحاكم العادية بنظره (نقض ١٩٨٦/١٢/٢٥ فى الطعن ٢٢٠٠ لسنة ٥١ ق) . كما أن وضع الجهة الادارية يدها على العقار وصدر قرار الاستيلاء ضمتها يؤدي الى اعتبار العلاقة بينها وبين صاحب العقار علاقة تأجيرية يختص بها القضاء العادى (نقض ١٩٨٦/٣/١١ فى الطعن ٩٦٠ لسنة ٥٣ ق) . كما أن تعلق القرار الادارى بمسألة من مسائل القانون الخاص أو بإدارة شخص معنوى خاص يخرج من عداد التسميرات الادارية (نقض ١٩٨٧/١٢/٢٧ فى الطعن ٢٦١٤ لسنة ٥٦ ق) .

- المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية (١٨) ، مثل عقود التوريد والاشغال وغيرها .

٢٠٢ - ثانيا - المسائل التي تدخل فى ولاية جهات القضاء المحدود الولاية : ومن أهمها :

١ - المسائل التي تدخل فى ولاية المحكمة الدستورية :

والتي حددتها المادتان ٢٦/٢٥ من قانون انشائها ، والمادتان ١٧٤/ ١٧٥ من الدستور ، وتمثل فى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ونظر المنازعات بشأن الولاية ، وتفسير نصوص القانون الغامضة ، تفسيراً ملزماً .

٢ - المواد الجنائية التي تدخل فى ولاية المحاكم الجنائية الخاصة :

ومنهما الجرائم العسكرية البحتة او جرائم القانون التي يرتكبها الأشخاص الخاضعون لقانون الاحكام العسكرية وكذلك المسائل التي تدخل فى ولاية محاكم أمن الدولة العادية (م ٣ من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠) ، ومحاكم أمن الدولة (طوارئ) وتعد أحكام قانون الطوارئ . وايضا المسائل التي تدخل فى ولاية محكمة القيم ، أحوال المسئولية السياسية ودعاوى الحراسات (١٩) .

وأخيراً المنازعات المدنية والتجارية الخاصة بالقطاع العام لدخول هذه المنازعات فى ولاية هيئات التحكيم الاجبارى المشكلة وفقاً لقانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ (٢٠) .

(١٨) انظر نقض ١٩٨٧/٥/١٠ فى الطعن ٧٢٢ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/٣/٢ فى الطعن ٦٨١ لسنة ٥٤ ق .
(١٩) نقض ١٩٨٦/٤/٢٩ ، ١٩٨٧/١١/٢٩ - مجلة القضاة ، س ٢١ ص ٢٣١ ، ٢٥٨ .

(٢٠) وهو القانون الذى حل محل قانون المؤسسات العامة . انظر عرضاً لنظام التحكيم فى هذه المنازعات - ابو زيد رضوان - الوجيز فى القطاع العام ١٩٧٤ ص ١٤١ . حسنى المصرى ، نظرية المشروع العام ١٩٧٩ ص ٢٧١ . فتحي وآلى ، الوسيط ، ص ٩٤٩ . نقض ١٩٨٧/١٢/١٠ فى الطعن ١٠٦٧ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٧/٤/٨ فى الطعن ٧٢٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨١/١/١٩ ، المجموعة ، ص ٣٢ ، ص ٢٣٠ . ولا تختص هذه الهيئات بنظر المنازعة التى يكون بين أطرافها شخص طبيعى الا بموافقتهم (نقض ١٩٨٧/١/١٥ فى الطعن ٢٢٤٧ ، ٢٣٦٥ لسنة ٥٢ ق) .

المطلب الثانى

ما يدخل فى ولاية القضاء العادى

٢٠٣ - تمهيد :

بعد أن استبعدنا ما يخرج عن ولاية قضاء الدولة فى عمومها ، وما يخرج عن ولاية القضاء المدنى لدخوله فى ولاية جهات أخرى ، نستطيع القول بأنه ما عدا هذه المسائل تدخل فى ولاية القضاء العادى . فهو القضاء العام غير محدد الولاية بنصوص حصرية ، فكل ما لا يدخل فى ولاية قضاء آخر ، يدخل فى ولاية هذا القضاء العام . وفى هذا تنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية على أنه « فيما عدا المنازعات الادارية تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم الا ما استثنى بنص خاص » .

وعلى هذا يدخل فى ولاية هذا القضاء ما يلى :

٢٠٤ - أولا - المسائل المدنية والتجارية :

يدخل فى ولاية المحاكم الفصل فى جميع المسائل المدنية والتجارية (٢١) التى تقع بين الافراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الحكومة أو أى من أشخاص القانون العام ، سواء تعلقت بمنقولات أو بعقارات ، وعلى ذلك :

- ان جميع المنازعات المدنية والتجارية تدخل فى ولاية القضاء المدنى ولو تضمنت عنصرا اجنبيا ، كان يكون أحد أطرافها من غير المصريين ولو لم يكن له موطن أو محل اقامة بمصر ، أو كان اجنبيا له موطن أو محل اقامة بمصر (٢٢) ، أو اجنبيا ليمس له موطن أو محل

(٢١) والحد من هذه الولاية بنص وبما لا يخالف أحكام الدستور ،
استثناء يجب عدم التوسع فيه (نقض ١٩٧٥/٥/٢١ س ٢٦ ص ١٠٥٨) .
(٢٢) الا اذا كانت الدعوى متعلقة بعقار موجود بالخارج (م ٢٨ ، ٢٩
مراقعات) .

اقامة بها ، فى حالة من الحالات التى نصت عليها المادة ٣٠ مرافعات ،
أو كان أجنبيا قبل ولاية القضاء المصرى (م ٣٢ مرافعات) .

- جميع المنازعات المدنية والتجارية تدخل فى ولاية المحاكم المدنية
دون غيرها ، ولو ثارت بين الافراد والحكومة أو الهيئات العامة (٢٣) ،
سواء تعلقت بمنقول أو عقار (م ١٧ س . ق) . مع ملاحظة أنه اذا
تعلقت المنازعة بقرار ادارى ، فلا تكون للمحاكم ولاية تاويل القرار الادارى
أو تعديله أو وقف تنفيذه . وعليه فليس للمحاكم أن تنظر دعوى منع
التعرض فى الحياة اذا كان التعرض مستندا الى قرار ادارى (٢٤) . أما
اذا كان التعرض لا يستند الى قرار ادارى ، أو كان مستندا على قرار لم
يستكمل مقومات واركان القرار الادارى ، فإنه يدخل فى ولاية
القضاء المدنى (٢٥) .

- تدخل المنازعات المتعلقة بعقود الادارة المدنية فى ولاية المحاكم .
وعقود الادارة المدنية هى تلك العقود التى تبرمها الادارة دون أن تضمنها
بنود استثنائية غير مالوفة فى العقود الادارية ، ومن ثم لا تكون لها هذه
الطبيعة الادارية (٢٦) .

- تدخل المنازعات المتعلقة بالحجوز الادارية فى ولاية القضاء
العادى . وسبب ذلك أن اجراءات الحجز الادارى لا تعد من قبيل
الأوامر أو القرارات الادارية . وانما مجرد وسيلة ينظمها المشرع لتسهيل
مهمة الادارة فى تحصيل حقوقها لدى الافراد من أموال أميرية أو ضرائب

(٢٣) نقض مدنى ١٨/١٢/١٩٨٥ - مجلة القضاء س ٢١ ، ص ٢٥٤ .

(٢٤) نقض ١٥ مارس سنة ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٤٣٥ . ٢٢/٣/١٩٧٣

ذات المجموعة ص ٤٧٠ .

(٢٥) فالقرار الادارى الذى يحمل فى ظاهره عيبا يجرده من الصفة
الادارية وينحدر به الى درجة العدم ، يكون للمحاكم سلطة نظر المنازعة
المتعلقة به ويكون للقضاء المستعجل ولاية نظر الدعوى المتعلقة به
(نقض ١٤/٢/١٩٦٣ س ١٤ ص ٣٠٣ ، ٨/٢/١٩٦٨ س ١٩ ص ٢٣٠ .
وقارن نقض ٢٢/٣/١٩٧٣ س ١٤ ص ٤٧٠) .

(٢٦) نقض ٢ مايو سنة ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٣١ .

أو رسوم (٢٧) وترتيباً على ذلك يكون للمحاكم دون مجلس الدولة ولاية نظر المنازعات المتعلقة بتلك الحجوز سواء كان ذلك بالغائها أو الحكم ببطلانها أو بطلان ما تم من إجراءات بشأنها (٢٨) .

٢٠٥ - ثانياً : مسائل الأحوال الشخصية :

أصبحت جهة القضاء المدني ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وبمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الجهة صاحبة الولاية في نظر جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وذلك بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية . وتتولى المحاكم هذه المسائل سواء تعلقت بمصريين أو أجانب .

٢٠٦ - ثالثاً : المسائل الجنائية :

تدخل في ولاية القضاء العادي ملطة الفصل في جميع المسائل الجنائية من مخالفات وجنح وجنايات إلا ما استثنى بتصـ خاص (م ١٥/١ س . ق) . وإن كان يتولى الفصل في الجرائم ما يسمى بالقضاء الجنائي بتشكيلاته المختلفة . إلا أن هذا القضاء لا يعد جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادي ، بل مجرد قضاء نوعي متخصص مشتق من القضاء العادي ، فهو مجرد تشكيل من تشكيلاته (٢٩) .

(٢٧) نقض ١٦/١٢/١٩٦٩ م ٢٠ هـ ١٢٨٠

(٢٨) أنظر فتحي والي - الوسيط م ٢٢٧ . والقضاء المدني ص ٣١٦

(٢٩) أنظر أحمد مسلم - أصول ١٩٧٩ ص ١١٥ بند ١٢٤ .

المبحث الثالث

انتفاء الولاية أو التنازع فيها

المطلب الأول

انتفاء الولاية

difetto di giurisdizione

٢٠٧ - تعريفه وحكمه :

تنتفى ولاية المحاكم بالنسبة لمسألة محددة اذا خرجت عن ولاية القضاء فى عمومه ، أو اذا كانت داخلة فى ولاية جهة قضاء أخرى غير جهة المحاكم . ولما كانت قواعد توزيع ولاية قضاء الدولة على جهات القضاء بها ، قواعد عامة الغرض منها تنظيم مرفق القضاء فى الدولة ، ومراعاة للصالح العام ، فانها بذلك تتعلق بالنظام العام ، اذ إنها تتعلق بالتنظيم القضائى فيها . وعلى ذلك فاذا رفعت دعوى امام جهة قضائية لا ولاية لها بنظرها ، كان عليها أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم ولايتها بنظرها ويكون لئى خصم من الخصوم الحق فى ابداء الدفع بانتفاء الولاية فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو كان ذلك لأول مرة امام محكمة النقض (م ١٠٩ مرافعات) (٣٠) ، ولا يكون للخصوم من ثم ، الاتفاق على ما يخالف قواعد توزيع الولاية ، بتقرير ولاية جهة لا ولاية لها بنظر الدعوى ، أو سلب ولاية جهة بنظر دعوى تدخل فى ولايتها ، ويقع باطلا كل اتفاق بين الخصوم يخالف قواعد توزيع الولاية القضائية (٣١) .

(٣٠) وينفس المعنى تنص المادة ٣٧ مرافعات ايطالى . انظر زانزوكى ج ١ ص ٥٠ - ٥١ . رقم ٤٨ لوجو اندريا - موجز ص ٥٦ - ٥٨ . أحمد أبو الوفا ص ٣٧٨ وما بعدها بند ٣٥٢ . ابراهيم نجيب ص ٣٩٨ . فتحى والى - الوسيط بند ١٢٥ ص ٢٣٤ نقض مدنى ١٩٧٥/٥/١٢ ص ٢٦ ص ٩٦٣ . ١٩٧٤/٣/٢٦ ص ٢٥ ص ٥٦٦ - ١٩٧٦/٤/١٤ ص ٢٧ ص ٩٣١ (٣١) وانظر الدوائر المجتمعة لحكمة استئناف مصر فى ١٩٢٦/١٢/٢ الفهرس العشرى الثالث - المجموعة الرسمية ص ٢١ رقم ٣٦١

ويكون للمدعى رافع الدعوى أن يتمسك بالدفع بانتفاء ولاية المحكمة المرفوع إليها الدعوى ولا أثر لقبوله ضمنى ، المتمثل فى رفعه للدعوى إليها (٣٢) ، ولا يستثنى من ذلك الا حالة واحدة وهى حالة انتفاء ولاية القضاء المصرى بسبب تمتع الخصم الأجنبى بالحصانة القضائية . فإذا قبل هذا الخصم - صراحة أو ضمنا - ولاية القضاء المصرى بنظر الدعوى المرفوعة عليه ، فلا تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بانتفاء ولايتها ، ويشترط لذلك أن يكون قبول الأجنبى لولاية القضاء المصرى بنظر المنازعة واضحا ، وأن تكون هناك دلالة أكيدة على هذا القبول ، مثل حضوره جلسات المرافعة دون ابداء الدفع بانتفاء الولاية ، فالقبول لا يفترض ، فلا يستشف من مجرد غياب الأجنبى عن الحضور ، ويجب فى هذه الحالة أن تحكم المحكمة بانتفاء ولايتها - متى تحققت من ذلك - ومن تلقاء نفسها (م ٣٥ مرافعات) (٣٣) .

وحكمة ذلك أن الأجنبى المتمتع بالحصانة الجالبة لولاية القضاء الوطنى ، قد يتنازل عنها ، ويقبل حماية القضاء الوطنى له ، والدولة تكفل الحماية لكل من يوجد على أراضيها ، وما القضاء الا نظام للأمن يخضع له الوطنيون والأجانب على حد سواء (٣٤) ولذلك لا نجد فى نص المادة ٣٥ من قانون المرافعات الا مجرد تطبيق لمبدأ الخضوع الارادى أو القبول الاختيارى *prorogation volontaire* المعروف فى فقه القانون الدولى الخاص (٣٥) .

(٣٢) أنظر فتحى والى - الوسيط ص ٢٣٥ . استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٣٩ مجلة التشريع والقضاء - السنة ٥١ ص ٩٧ .
(٣٣) أنظر عز الدين عبد الله - المرجع السابق ص ٧٣٥ . نتهى والى الإشارة السابقة .

(٣٤) أحمد مسلم - اصول المرافعات ١٩٧٩ ص ١٨١ .
(٣٥) أنظر فى هذا المبدأ عز الدين عبد الله - المرجع السابق ص ٦٤٥ بند ١٧٠ ، ص ٧٣٣ بند ١٩٦ . هشام على صادق - تنازع الاختصاص القضائى الدولى ص ٥٤ وما بعدها وأنظر دراسة متخصصة فى ذلك

٢٠٨ - وإذا ما قضت المحكمة المدنية - أما من تلقاء نفسها ، وأما بناء على طلب - بانتفاء ولايتها ، نظرا لدخول المسألة فى ولاية جهة قضاء أخرى ، فعليها أن تآمر بحالة الدعوى بحالتها الى الجهة صاحبة الولاية . وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠ مرافعات التى استحدثها المشرع فى القانون الجديد تيسيرا على المدعى ، وعدم تحمله مشقة إعادة رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة ، أو الجهة ذات الولاية ، مع احتمال أن يكون المدعى قد رفع دعواه الى محكمة غير مختصة نتيجة خطأ مغتفر فى تطبيق قواعد الاختصاص ، نظرا لدقة هذه القواعد والتى قد يخطئ فيها الكثيرون (٣٦) .

ويشكك البعض (٣٧) فى وجوب الاحالة تبعا للحكم بانتفاء الولاية، بعد صدور الدستور المصرى فى سنة ١٩٧١ والذى أكد استقلال مجلس الدولة كهيئة قضائية مستقلة ، فضلا عن عدم وجود نص فى قانون المجلس يماثل نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات . ورغم هذا التشكك فالاجماع متعقد على ضرورة تطبيق نص المادة ١١٠ والأمر بالاحالة الى الجهة ذات الولاية تبعا للحكم بانتفائها (٣٨) . وتحال الدعوى بحالتها الى المحكمة الجديدة ، وبما اشتملت عليه من احكام وما اتخذ فيها من اجراءات . وتعاود الخصومة سيرها أمام الجهة ذات

Gaudemenn-Tallon H., la prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Dalloz, 1965.

١ مشار اليه فى ابراهيم سعد ص ٣٩٧ هامش (١) . وقد نصت المادة الرابعة من قانون المرافعات الايطالى على هذا المبدأ انظر ليبمان موجز ج ١ بند ٤٥ ص ١٠٣ - ١٠٤ . وانظر عبد الباسط جيبى - مبادئ ص ١٢٢ .

(٣٦) رمزى سيف بند ٢٢٩ ص ٢٨٦ وما بعدها .

(٣٧) ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص ص ٣٩٩ .

(٣٨) فتوى والى - قانون القضاء الدنى ص ٧٠ وما بعدها .

الوسيط ص ٢٣٤ بند ١٨٨ . ابراهيم نجيب الاشارة السابقة مع ملاحظة انه فى حالة الاحالة الى القضاء الادارى ، يكفى الاحالة اليه تون تحديد لآى من محاكم هذا القضاء مختصة بالفصل فى النزاع (فتحى والى . الاشارة السابقة . ابراهيم مسعود - ص ٤٠٠ عكس ذلك أبو الوفا بند ٢١٥ ص ٢٢٥) .

الولاية من النقطة التي وقفت عندها أمام المحكمة المحيلة ، وللخصوم ابداء كافة الدفوع أمام المحكمة المحال اليها والتي لم يسقط الحق في ابدائها (٣٩) .

٢٠٩ - حجية الحكم الصادر في غير ولاية المحكمة التي اصدرته :
ولكن اذا حدث وقضت محكمة من المحاكم في غير ولايتها ، فماذا يكون عليه الامر وهل يتمتع الحكم بحجية معينة في هذا الخصوص ام لا ؟ لم يتعرض المشرع المصري (٤٠) لبيان حجية الحكم في هذه الحالة

(٣٩) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٠ في الطعن ١٣٢٠ لسنة ٥٤ ق ، ونقض ١٩٨٥/١٢/٤ في الطعن ١٤٨٣ ، ١٩٧٧/٣/١٦ في الطعن ٦٦٨ لسنة ٤٢ قضائية .

(٤٠) وذلك على عكس التشريعات الأخرى . فالتشريع الفرنسي يميز بين انتفاء الولاية وبين عدم الاختصاص ، ويطلق على الأول تجاوز السلطة *excès de pouvoir* ويتحقق باعتداء القضاء على أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية كان يصدر القاضي حكما عليا *disposition générale* أو يصدر امرا الى موظف اداري أو عضو من أعضاء النيابة (نفسان ص ٨٦٠ بند ٦٦١ . جابيو - ص ٧٢٢ بند ١١٢٥ . جلاسون وتيسية ج ١ ص ٧٠١ - ٧٠٢ بند ٢٧١ . موريل رينييه بند ٦٦٣ . كورنو وفوييه - ص ١٩٢ - ١٩٦) وقد يتحقق برفض القيام بعمل يدخل في سلطة القضاء أو قيام القاضي بعمل لا يقوم به أي قاض آخر (جابيو - الاشارة السابقة . موريل ص ٥١٢ . جلاسون وتيسية ص ٧٠٤) ولو لم يثبت اعتداء على سلطة أخرى . مع ملاحظة ان من الفقهاء من رأى ان كل تجاوز للسلطة يعني عدم الاختصاص والعكس صحيح (جابيو ص ٧٢١) . وقد اعطى القانون الفرنسي للنائب العام وبناء على أمر وزير العدل الطعن في الحكم لهذا السبب أمام محكمة النقض الذي يكون حكمها حجة على الكافة (انظر مرضا في مذهب القانون الفرنسي) (وجدى راغب برسالة ص ٥٨١ - ٥٨٢) اما القانون الايطالي فقد نص على أن انتفاء الولاية انما يكون بالنسبة للإدارة العامة والقضاء الخاص *giudici speciali* والاضام الاجنبى . ويجب على القضاء العادى أن يحكم من تلقاء نفسه بانتفاء ولايته . ويمكن المطالبة بذلك في أية حالة كانت عليها الاجراءات . لينيمان - موجز ص ٩٩ - ١٠٠ . ميكيلي ج ١ ص ١٢٠ وما بعدها . لوجو أندريا - ص ٥٦ - ٥٨ . رينتى ج ١ ص ١٢٧ وما بعدها . ويكون ذلك سببا للطعن في الحكم أمام نواب

وهل يعتبر معدوماً أو باطلاً أو حائزاً لحجية الامر المقضى ، تاركا ذلك لمجهودات الفقه وتقديرات المحاكم .

واذا كان الامر كذلك ، فمن الطبيعي أن يختلف الفقهاء فى هذا الشأن وتتضارب تقديرات المحاكم . ولكن اجماعا قد انعقد حول مسألتين ، وانصب الخلاف حول مسألة ثالثة وذلك على النحو الآتى :

٢١٠ - أ - حالة تجاوز السلطة :

eccesso dell potere excès de pouvoir

وهى الحالة التى يتعدى فيها القاضى سلطة القضاء ، معتديا على أى من السلطات التشريعية أو التنفيذية ؛ كأن يصدر حكما عاما أو قرارا اداريا لا يخوله القانون سلطة اصداره . وقد انعقد الرأى على انعدام عمل القاضى فى هذا الخصوص ومن ثم فان عمله لا يترتب حجية ما (٤١) .

٢١١ - ب - حالة الانتفاء المطلق لولاية القضاء : *difetto assoluto*

di giurisdizione ويتحقق هذا العيب عندما يفصل قاض فى مسألة لا تدخل فى ولاية قضاء الدولة فى عمومها ، كما لو كان صادرا فى مسألة تتعلق بعمل من أعمال السيادة ، وقد انعقد الرأى أيضا على انعدام

النقض مجتمعة (م ٣٦٠ - ٣٦٢ مرافعات ايطالى) أنظر ليبمان - مشاكل الخصومة المدنية *pouvoir de Jurisdiction* 1962 p. 18. ويمكن للخصوم تبيل الحكم فى الموضوع من الدرجة الأولى طلب الفصل فى مسألة الولاية من دوائر النقض مجتمعة (٤١ مرافعات ايطالى) أنظر كريسقا - ص ١٢٦ ، بند ٨٥ .

(٤١) جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٧٠١ - ٧٠٢ . جابيو بند ١١٢٥ . موريل بند ٦٦٣ . ردتى - المرافعات ج ١ ص ١٣٤ . ليبمان ج ١ ص ٩٦ بند ٣٩ . كيوفندا مبادئ ص ٣٧١ .

lacoste M. laborde, *Précis élémentaire de procédure civile*, 1939 p. 194 No. 353.

وجدى راغب - رسالة ص ٥٨٥ - ٥٨٦ .

الحكم فى هذه الحالة لصدوره عن غير قاض (٤٢) ومن ثم فلا يرتب حجية ما ، والتمسك بعدم وجوده يكون برفع دعوى مبتدأة ببطلانه (٤٣)

٢١٢ - ج - حالة انتفاء ولاية القضاء المدنى :
difetto della giurisdizione Civile

وتتحقق هذه الحالة عندما تخالف فيها محكمة مدنية حدود ولاية القضاء المدنى ، بأن تفصل فى مسألة لا تدخل فى ولايتها لدخولها فى ولاية قضاء أخرى . فهل يعد الحكم المشوب بهذا العيب حكما معدوما أم باطلا يتم تصحيحه بطرق الطعن أو باستنفادها ؟

اختلف الفقه فى ذلك اختلافا كبيرا ، وكان مرجع اختلافهم هذا هو اختلافهم فى تكييف ولاية القضاء ذاتها . وهل تثبت للقاضى بمجرد تعيينه قاضيا ولاية القضاء المجردة ؟ أى صلاحيته للفصل فى أية مسألة تدخل فى ولاية قضاء الدولة . أم أن القاضى لا تثبت له هذه السلطة الا داخل حدود الولاية المقررة للجهة المعين بها ؟

يذهب الرأى السائد فى الفقه الايطالى (٤٤) الى وحدة ولاية القضاء *Unitarieta della giurisdizione* بمعنى أن القاضى تثبت له بمجرد تعيينه قاضيا ولاية القضاء بصفة مجردة ، ويكون صالحا من ثم للقضاء فى كل ما يدخل فى ولاية القضاء الايطالى ولو كانت المسألة تخرج عن ولاية الجهة المعين بها . وعلى ذلك فان قضائه صحيح فيها

(٤٢) وجدى راغب - رسالة ص ٥٨٦ . ليبمان - الاشارة السابقة .
ردنتى ج ١ ص ١٣٤ وانظر له كذلك

Intorno al concetto di eccesso del potere in (scritti e discorsi giuridici in un mezzo secolo, 1962 p. 219 — 226.

Stata S., Commentario al Cod. di proc. civ. I, p. 163 — 165.

(٤٣) كيوفندا - مبادئ ص ٣٧٢ . فتحى والى رسالة ص ٦٢٦ -
٦٢٧ بند ٣٤٩ . العشماوى ص ٣٥٦ .

(٤٤) ردنتى ج ١ بند ٣١ ص ١٣٤ . ليبمان - موجز ج ١ ص ٩٧ .
كيوفندا - مبادئ ص ٣٦٨ . فاراندا كلاوديو اهلية القاضى ص ٨٦ ،
١٨٨ - ١٨٩ . وانظر كذلك فى الفقه الفرنسى جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٦٧٤
موريل بند ٢٩٥ . ورمزى سيف فى الفقه المصرى ص ٣١٥ بند ٢٦٦ .

ويتمتع حكمه لذلك بالحجية أمام جميع جهات قضاء الدولة طالما لم يتم الغائه بطريق من طرق الطعن . ولا يخرج عن ذلك الا حكم القاضى الخاص أو الاستثنائى خارج حدود ولايته ، اذ أن هذا القاضى الخاص خارج حدوده لا يكون قاضيا ، وتعد أعماله لذلك معدومة الأثر (٤٥) .

اما الراى السائد فى الفقه المصرى (٤٦) فيتمثل فى أن الحكم الصادر من قاضى احدى جهات القضاء فى الدولة خارج حدود ولايته لدخول المسألة فى ولاية جهة قضاء أخرى . يكون حائزا لحجيته أمام جميع المحاكم التابعة للجهة التى يتبعها القاضى مصدر الحكم ، ويكون معدوم الحجية أمام محاكم الجهة الأخرى ذات الولاية ، والتى يجوز لها اهداره باصدارها حكما جديدا فى ذات المسألة . وقد تتحقق فى هذه

(٤٥) انظر كيوفندا - مبادئه من ٣٦٨ . سأتا من ١١ بند ٣ .
أوجوروكو ج ١ ص ٩٠ بند ٤ عكس ذلك دوتوفريو تعليق ج ١ ص ٣ .
بند ٣ وقد أخذت بذلك محكمة النقض المصرية فى حكم لها مسسار فى ١٩٧٦/٣/٢٧ المجموعة ٢٧ ص ٥٤٦ . وكذلك حكمها فى ١٩٧٥/١٢/٣١
س ٢٦ من ١٧٧٥ .

(٤٦) أبو هيف - المرافعات ص ٤٠١ - ٤٠٢ بند ٥٣٧ . حامد فهمى
بند ٢٩٦ . عبد الفتاح السيد - الوجيز بند ٢٦٥ . عبد المنعم الشرقاوى
شرح بند ١٨٩ . أبو انوفا - نظرية الأحكام بند ١٣٧ . محمد وعبد الوهاب
العشماوى ج ١ بند ٢٨٠ . عبد الباسط جيمعى - مبادئه من ١٦ - ١٧
عبد الرزاق السنهورى - نظرية الالتزام بوجه عام (الوجيز) ١٩٦٦ ص ٧٢٩
اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام ج ٢ - ١٩٦٧ ص ٥١٥ . قارن أحمد
نشأت - رسالة الاثبات ج ٢ سنة ١٩٧٢ ص ٢١٧ . وهو ما استقر عليه
القضاء المصرى ايضا ، نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ من ٨ ص ٤٩٦ ، ١٩٥٨/١/٩
س ٩ ص ٦٢ . ١٩٦٣/٧/٢٤ من ١٤ ص ٤٦٢ . ١٩٦٤/٥/٢٧ من ١٥
ص ٧٢١ . ١٩٦٦/٢/٢٤ من ١٧ ص ٤١٢ - ١٩٧٤/١١/٢٦ من ٢٥
ص ١٢٨٦ ، ١٩٧٦/٣/٣ من ٢٧ ص ٥٤٦ ، ١٩٧٤/١١/٢٦ من ٢٥ ص
١٢٨٦ استئناف مصر ١٩٣٣/٤/١١ الجدول العشرى الرابع ص ٢٠٣
رقم ١٣٦٥ ، استئناف دوائر مجمعة ١٩٢٥/٤/٣٠ رقم ١١٧٤ الجدول
العشرى الثالث ص ١٥٤ مضر الابتدائية ١٩٥١/٤/١٠ الحامدة س ٣١
ص ١٩٣٢ . ١٩٣٤/٢/٢٧ . الجدول العشرى الرابع رقم ١٣٦٩ .

الحالة حالة تنازع ايجابى فى الاختصاص الامر الذى يستوجب رفع الامر الى المحكمة الدستورية لحله (٤٧) .

وذهب رأى آخر (٤٨) الى القول بأن الحكم القضائى يجوز حجته امام جميع جهات القضاء فى الدولة ولو كان صادرا فى غير ولاية المحكمة التى اصدرته ، لان مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفى لا تخرج عن كونها مجرد مخالفة لقواعد الاختصاص والتى تؤدى الى ضرورة احترام الحكم وما قضى به حتى يتم الغائه عن طريق الطعن فيه بالطريق المناسب وقد وجد هذا الرأى من ينصره فى الفقه المصرى (٤٩) .

وبرغم تقديرنا الكامل لهذا المذهب الأخير ، الا اننا لسنا من مؤيديه . اذ ان ولاية القضاء فى الدولة موزعة على هيئات معينة مستقلة كل منها تثبت له ولاية القضاء فى ذلك القدر من ولاية قضساء الدولة المعطى لها ، فلا يجوز لها ، من ثم ، تجاوز هذا القدر ، والا كان عمله معدوم الاثر امام الجهة ذات الولاية . والقول بغير ذلك يؤدى الى نتيجة غير منطقية هى جواز مخالفة قواعد توزيع الولاية باتفاق الخصوم وهى قواعد لا يشك أحد فى تعلقها بالنظام العام . فيكفى اتفاق الأفراد على رفع نزاعهم امام جهة لا ولاية لها بنظره ، فتصدر هذه الجهة حكما يفيد الجهة ذات الولاية وبذلك تتم المخالفة لقواعد توزيع ولاية القضاء .

(٤٧) عبد الباسط جبيعى - مبادئ ص ١٧ . العشاوى ص ٢٥٦ .
نقض ١٩٤٦/١/١٠ مجموعة عمر ج ٥ ص ٢٢ - ١٩٤٦/٢/٢٨ - ذات
المكان ص ١٠٨ .

(٤٨) رمزى سيف فى رسالته فى « تنازع الولاية بين المحاكم
المختلطة والمحكم الاهلية فى المواد المدنية والتجارية » بالفرنسية - القاهرة
١٩٢٨ ص ٢٥٨ وما بعدها . والرافعات ص ٢١٥ وما بعدها . مشيرا الى
جلاسون ج ١ ص ٦٥٧ .

(٤٩) فتحي والى - رسالة ص ٧٢٧ - بند ٣٤٩ . وجدى راغب رسالة
ص ٥٨٩ - ٥٩١ مبادئ ص ٢٣٠ ، ابو الوفا - نظرية الاحكام ص ٣٤١
بند ١٣٧ . احمد السيد صاوى ص ١٣١ وما بعدها . وقد أخذت محكمة
النقض فى حكم تقديم لها صادر فى ١٩٤٢/٣/٥ بهذا الرأى . منشور فى
مجموعة عمر ج ٣ ص ٤١٥ . وانظر فى نقد هذا الحكم عبد المنعم الشرفاوى
شرح ص ٢٨٩ فى الهامش .

المطلب الثانى

التنازع فى الولاية

(٥٠) Conflitti di giurisdizione

٢١٣ - تعريفه ومفترضاته :

أ - تعريفه :

تنازع الولاية نتيجة طبيعية لتعدد وجهات القضاء فى الدولة . ضيقا أو اتساعا . اذ قد تنكر كل جهة منها ولايتها بخصوص مسألة معينة ، أو تتمسك بولايتها بنظرها . وفى الحالة الأولى تكون المسألة بغير قاض ينظرها ، أما فى الحالة الثانية تكون محلا للحكم من أكثر من جهة واحدة . فكان لابد من ايجاد طريق محدد لحل مثل هذا التنازع . تجنباً لمثل هذه النتائج وأن يختلف هذا الطريق فى تنظيمه عن طريق الطعن فى الحكم ، حتى يكون لكل طرف الحق فى طلب رفع هذا التنازع ، ولو كان خصماً محكوماً له (٥١) .

ب - مفترضات التنازع :

والتنازع بشأن الولاية يفترض فى كل صوره أن يكون واقعا بشأن دعوى واحدة مرفوعة أمام جهتين مختلفتين للقضاء فى الدولة (٥٢) .

(٥٠) رمزى سيف فى رسالته

"les conflits de juridiction entre les tribunaux mixtes et les tribunaux indigènes, op. cit. Caire 1938. Bracci, le quistioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzione nel nuovo codice di proc. civ. in R. P. C. - 941, I, p. 181.

(٥١) انظر فتوى والى - الوسيط ص ٢٣ . كوستا - بند ٨٥ ص ١٢٦ .

(٥٢) انظر المحكمة الدستورية ١٩٨٦/٥/٣ ، ١٩٨٦/٣/١ ، ١٩٨٥/١٢/٢١ ، ١٩٨٥/١٢/٢١ مجموعة المحكمة الدستورية ، ١٩٨٧ ، ج ٣ ص ٤٤٤ ، ٤٤٠ ، ٤٢٨ . المحكمة العليا فى ١٩٧٠/١١/٧ ، ١٩٧١/٧/٣ ، ١٩٧٥/١٢/٦ ، ١٩٧٦/٤/٣ منشورة فى مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا القسم الثالث ١٩٧٧ بقرام ١ ، ٦ ، ٣٧ ، ٤٠ صفحات ١ ، ٢٨ ، ٢٠١ ، ٢١٩ .

- دعوى واحدة :

لا يتصور أن يقع النزاع فى الولاية الا بصدد دعوى واحدة ، بحيث تكون الدعوى المرفوعة أمام احدى جهات القضاء فى الدولة هى ذاتها موضوعا وخصوصا وسببا المرفوعة أمام الجهة الأخرى ، فان اختلفت احداها عن الأخرى فى أى عنصر من عناصرها نكون ازاء دعويين مختلفتين . ، وليس دعوى واحدة ومن ثم لا يتصور النزاع بصدهما (٥٣) وإن جرت أحكام المحكمة الدستورية على تعبير دعوى الموضوع الواحد .

- مرفوعة أمام جهتى قضاء :

يلزم أيضا لقيام النزاع بصدد دعوى واحدة ، أن تكون هذه الدعوى مرفوعة أمام جهتين من جهات القضاء فى الدولة أيا كانت مسمياتها ، أى سواء كانت جهة قضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى وهى كل هيئة خولها القانون سلطة الفصل فى خصومة بحكم تصدره بعد اتباع الاجراءات القضائية التى يحددها القانون . فان كانت قد رفعت أمام محكمتين تابعتين لجهة واحدة . ، فاننا نكون أمام تنازع فى الاختصاص وليس تنازع فى الولاية ، ومن ثم لا تقبل دعوى تنازع الولاية أمام المحكمة الدستورية (٥٤) وكذلك اذا رفعت الدعوى أمام دائرتين مختلفتين داخل المحكمة الواحدة . فان ذلك لا يعد تنازعا فى الولاية ولا فى

(٥٣) فتحى والى - الوسيط بند ١٢٧ من ٢٢٦ . الشرقاوى بند ١٩٢ .
ص ٢٩٤ . براقش - ص ٢٠٥ . فلا تكفى وحدة الموضوع فى الدعويين
لقيام النزاع حتى لو اختلفت الدعويان فى الخصوم أو السبب وهذا ما ذهب
اليه البعض بالفعل (محمد كامل ليلة - الرقابة - بيروت ص ٥٣٧ . أحمد
أبو الوفا بند ٢٥٤ ص ٢٨١ - ٢٨٢ . رمزى سيف ص ٢٠٣ بند ١٦٢ .
انظر أحكام المحكمة العليا فى ١٩٧٣/١٢/١ رقم ١٨ ص ٨٧ ، ١٩٧٥/٦/٢ .
رقم ٣٥ ص ١٩٠ . ١٩٧٦/٤/٢ رقم ٤٠ ص ٢١٩ المجموعة ج ٣ سنة ١٩٧٧
(٥٤) ومن ثم لا يقبل طلب تعيين المحكمة ذات الاختصاص من المحكمة
الدستورية العليا . انظر دستورية عليا فى ١٩٨٦/٣/١ منشور فى أحكام
المحكمة الدستورية العليا - ج ٣ سنة ١٩٨٧ ص ٤٤٠ ، و ٢١ و ١٢ -
١٩٨٥ . المرجع السابق ص ٤٢٨ ، والمحكمة العليا فى ١٩٧٠/٢١/٧ ،
٢٩٧٢/٥/٦ - مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا القسم الثالث ص
٨ ، ٦٩ برقم ٢ ، ١٤ .

الاختصاص ، ولا يوجد تنازع فى حالة رفع الدعوى أمام جهة من جهات القضاء فى الدولة وأمام جهة أخرى ليست لها سلطة القضاء ، مثل النيابة العامة التى لا تعتبر جهة قضاء فى مفهوم التنازع (٥٥) .

٢١٤ - صور تنازع الولاية :

لا يأخذ التنازع بشأن الولاية ، صورة واحدة ، وإنما تتعدد صورته ، فقد يكون ايجابيا ، وقد يكون سلبيا وقد يتمثل فى صدور أحكام متعارضة من جهتى قضاء مختلفتين ، وإن كانت هذه الصورة الأخيرة لا تمثل صورة مستقلة للتنازع ، قائمة بذاتها وإنما تعد مجرد تطبيق من تطبيقات التنازع الايجابى ، ولكن نظرا لأهميتها ، فإننا نؤثر دراستها على استقلال :

١ - التنازع الايجابى : *conflict positif*

وصورته أن تتمسك جهتان للقضاء بولايتها بنظر دعوى واحدة أو هو وعلى ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تكون الدعوى عن موضوع واحد قد طرحت أمام جهتين من جهات القضاء أو أى هيئة ذات اختصاص قضائى ولم تتخل إحداهما عن نظرها (٥٦) . ويشترط لقيام هذه الصورة ما يلى :

- أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهتين مختلفتين للقضاء فى الدولة ، عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا لتعيين الجهة ذات الولاية ، فإن كانت الدعوى قد زالت أمام جهة منها واستنفدت ولايتها بشأنها ، فليس هناك تنازعا بشأن الولاية ولو بقيت

(٥٥) دستورية عليا فى ١٩٨٦/٥/٣ - المكان المشار اليه ص ٤٤٤
(٥٦) دستورية عليا ١٩٨٦/٦/٢١ ، ١٩٨٤/٦/١٦ - المجموعة ج ٣ ص ٤٥٠ ، ٤١٥ . أنظر فى شروط قيام التنازع الايجابى بشأن الولاية القواعد التى قررتها المحكمة العليا والمنشورة فى مجموعة أحكامها وقراراتها سنة ١٩٧٧ ج ٣ بأرقام ٢٥ ، ٣٢ - ٣٣ ، ٤١ - ٤٣ . ص ٢٣٠ ، ١٧٦ - ١٨١ ، ٢٢٢ - ٢٢٣

هذه الدعوى أمام الجهة الأخرى ولم يكن قد فصل فيها بعد (٥٧) .
ويقال نفس الأمر بالنسبة لزوال الدعوى أمام إحدى الجهتين ولو بحكم
اجرائى قبل الفصل فى الموضوع ، مع استمرار الدعوى أمام الجهة
الأخرى ، ولا يقبل طلب تعيين الجهة ذات الولاية من المحكمة الدستورية
فى هذه الحالة ، اذ قد يأتى الحكم الثانى الذى يصدر من الجهة
الثانيسة متفقا على نتيجته مع الحكم الأول الصادر عن الجهة
الأخرى ، الأمر الذى قد يغنى عن طلب رفع الأمر الى المحكمة
الدستورية العليا (٥٨) .

- ان تتمسك كلا من الجهتين بولايتها بنظر الدعوى ، بمعنى أن
تكون كل جهة قد قضت بولايتها بانفصل فى الدعوى فى دفع قدم اليها
بانتهاء ولايتها ، فاذا قدم دفع بذلك الى جهة منها وقضت بعدم قبوله ،
ولم يكن هذا الدفع قد قدم الى الجهة الأخرى ، أو قدم اليها
ولكنها لم تفصل فيه بعد ، فلا نكون والحالة هكذا - أمام تنازع إجابى
بشأن الولاية . اذ قد تقضى الجهة الأخرى فى الدفع على نحو يتفق مع
الحكم الصادر من الجهة السابقة (٥٩) .

(٥٧) اذ يجب ان تكون الخصومة قائمة فى وقت واحد امام الجهتين
المتنازعتين عند رفع الأمر الى المحكمة الدستورية العليا - دستورية
فى ١٩٨٦/٥/٣ ، المجموعة ج ٣ ، ص ٤٤٤ ، أول مارس سنة ١٩٨٦ ،
ج ٣ - ص ٤٤٠ ، ١٩٨٣/٢/٧ ، المجموعة ، ج ٢ ص ٢٦٣ ، الجمعية
العامة لمحكمة النقض « تنازع » فى ١٩٥١/٥/١٦ . مجموعة القواعد
القانونية فى ٢٥ عاما ج ١ ص ١٥٤ رقم ١٢٤ وحكم المحكمة العليا
فى ١٩٧٠/٢/٥ رقم ٤ ص ١٢ - ١٩٧٣/١١/١٢ رقم ١٦ ص ٨٠ ،
أول مارس سنة ١٩٧٥ رقم ٢٨ ص ١٤٨ منشورة فى مجموعة أحكام وقرارات
المحكمة العليا منذ انشائها ج ٣ سنة ١٩٧٧ . رمزى سيف ص ٢٠٣ فتحى
والى - الوسيط ص ٢٣٩ . وهذا ما قننه المشرع الايطالى صراحة فى المادة
٤١ منه انظر زانوكى ج ١ بند ٤٩ .

(٥٨) فتحى والى - الإشارة السابقة - ابراهيم سعد ص ٣٨٧ .
(٥٩) فتمسك إحدى جهتي القضاء باختصاصاتها بالفصل فى المنازعة
دون أن يثبت أن جهة القضاء الأخرى قد قضت باختصاصها فى المنازعة أو
=

٢ - التنازع السلبي : conflit négatif

وتتحقق هذه الصورة في حالة ما اذا رفعت دعوى واحدة أمام جهتي قضاء ، وتتخلّى كلناهما عن ولايتها بنظر هذه الدعوى ، بأن قضت كل منهما بانتفاء ولايتها بشأنها ، لتصبح الدعوى هكذا بغير قاض ينظرها ، الأمر الذى يتطلب حلا من المحكمة الدستورية العليا لتحديد الجهة ذات الولاية بهذه الدعوى . ولكن تتحقق هذه الصورة يجب توافر ما يلى :

- أن تكون الدعوى قد رفعت الى جهتين للقضاء وتخلت كلناهما عن نظرها ، فان أصدرت جهة منهما حكما بانتفاء ولايتها بنظر هذه الدعوى ، ولم يصدر عن الجهة الأخرى مثل هذا الحكم من الجهة الأخرى لآى سبب من الأسباب ، فلا نكون أمام حالة تنازع سلبي بشأن الولاية تتطلب تدخل المحكمة الدستورية .

- أن يكون الحكمان الصادران بانتفاء الولاية نهائيين ، فان كان أحدهما نهائى والآخر لم يصبح كذلك ، فلا يقبل طلب حل التنازع فى هذه الحانة قبل صيرورة الحكم الثانى نهائيا ، اذ قد يفتى عن ذلك ، الطعن فى الحكم الثانى بالاستئناف بما يؤدى الى الغائه (٦٠) .

مضت هي الأخرى فى نظرها مما يفيد عدم تخليها عنها ، لا يؤدى ذلك الى تحقق التنازع الايجابى على الاختصاص بين الجهتين (دستورية عليا ١٩٨٣/٦/١١ ، المجموعة ، ج ٢ ص ٢٦٧) . انظر رمزى سيف - ص ٢٠٤ . أحمد أبو الوفا - بند ٣٥٤ . فتوى والى - الاشارة السابقة - محكمة التنازع فى ١٩٦٦/٤/٩ س ١٧ ص ٤٧٥ والجمعية العمومية لمحكمة النقض (تنازع) فى ١٩٥١/٦/١٤ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما ج ١ رقم ١٢٧ ص ١٥٤ . وانظر القواعد التى قررتها المحكمة العليا بأرقام ٥ ، ١٧ ، ٢٣ ، ٢٧ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣٩ ، ٧٣ ، ٨٣ ، ١١١ ، ١٤٣ ، ١٥٣ ، ١٦١ ، ٢٢١ من مجموعة وقرارات المحكمة العليا - القسم الثالث سنة ١٩٧٧

(٦٠) انظر فتوى والى - ص ٢٤١ وهامش (٣) - وقضت المحكمة العليا بأنه لا يشترط نهائية الأحكام الصادرة بالاختصاص أو بعدمه - انظر أحكامها فى ١٩٧١/٧/٣ ، ١٩٧٥/١/٤ رقمى ٥ ، ٢٤ ص ٢٢ ، ١٢٠ المجموعة المشار إليها .

وقد يظن البعض أن حالة التنازع الملبى بشأن الولاية لا يتصور قيامها بعد صدور قانون المرافعات الجديد ، نظرا لما تنص عليه المادة ١١. بأن « على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها » أن تأمر بأحالة الدعوى بحالتها الى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية .. وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها « . الأمر الذى لا يتصور معه قيام مثل هذه الحالة من التنازع - ولكن من المتصور بالرغم من ذلك قيام حالة التنازع السلبى بشأن الولاية ، حتى مع وجود هذا النص . ويكون ذلك فى فرضين :

- اذا لم تأمر احدى الجهات بأحالة الدعوى تبعا للحكم بانتفاء الولاية ، ثم تقضى الجهة الأخرى بعدم ولايتها اذا ما رفعت اليها الدعوى بعد ذلك بصحيفة جديدة .

- وحتى اذا ما أحالت احدى جهات القضاء الدعوى ، تبعا للحكم بانتفاء الولاية ، الى الجهة ذات الولاية ، فمن المتصور أن الجهة الثانية قد تقضى أيضا بعدم ولايتها بنظر الدعوى ولا تفصل فيها احتراماً لحكم الاحالة .

فقد ذهب الرأى الراجح الى أن المحكمة الثانية تلتزم بحكم الاحالة ولكن فى حدود الأسباب التى بنى عليها الحكم الصادر بانتفاء الولاية (الاختصاص) ، وعلى ذلك فإن رأت المحكمة المحال اليها عدم ولايتها (اختصاصها) لسبب آخر كان لها أن تقضى أيضا بعدم ولايتها وتأمر بأحالة الدعوى الى المحكمة المختصة (ذات الولاية) (٦١) .

(٦١) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٥٦٨ بند ٢٢٦ . ابراهيم سعد بند ٢١٣ ص ٥٢٥ . أبو الوفا بند ٢١٥ ص ٢٢٦ . محمد كمال عبد العزيز ص ٢٥٧ . مع ملاحظة ان حجية الاحالة تمتد الى الاساس القانونى الذى بنى عليه الحكم ، فان كانت الاحالة قد بنيت على أساس تبعية معينة للدعوى ، فإن المحكمة المحال اليها بتتقيد هى الأخرى بهذه القيمة ولو كان التقدير خاطئا طالما لم يطعن فيه (نقض ١٩٧٢/٥/٩ ص ٢٣ ص ٨٢٨ . محكمة القضاء الادارى ١٩٧٠/١/١١ مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة القضاء الادارى بس ٢٤ ص ١٨٦ . المحكمة الادارية العليا

٣ - صدور حكمين قضائيين متناقضين من جهتين للقضاء :

وقد أشرنا سلفاً بأن هذه الصورة ، تمثل تطبيقاً من تطبيقات التنازع الإيجابي بشأن الولاية ، لأنها تفترض أن كل جهة قد قضت بولايتها بالدعوى ، وفصلت في موضوعها ، على نحو يتعارض مع ما توصلت إليه الجهة الأخرى ، الأمر الذي يتطلب تدخلاً لحل هذا التنازع وصولاً إلى الحكم الذي يمكن تنفيذه . ولكي يقبل هذا الطلب فلا بد من توافر ما يلي :

- أن يكون التنازع واقعاً بشأن حكمين قضائيين بالمعنى الفني .
فلا يقبل طلب حل التنازع الواقع بين حكم قضائي وعمل لا يعد كذلك ،
كان يكون عملاً ولائياً صادراً من جهة قضاء (٦٢) . وبداية يشترط أن
يكون الحكمان صادرين من جهتي آتضاء مختلفتين .

- أن يكون الحكمان القضائيان متناقضين . بمعنى أن يكون كلاهما
قد فصل في موضوع الدعوى على نحو يتعارض مع ما قضى به الآخر ،
بحيث تكون هناك صعوبة في تنفيذهما (٦٣) ، ومن ثم فإن فصل
حكم في موضوع الدعوى بينما يقتصر الشأن على مجرد اتخاذ
إجراء وقتي أو تدبير تحفظي ، فليس ثمة نزاع بينهما (٦٤) ونفس
الشيء بالنسبة لما إذا كان أحدهما صادراً في الموضوع من إحدى الجهتين

١١/٥/١٩٧٤ س ١٨ ص ٣٣١ . إدارية عليا ١٩٧٨/١/٢٨ طعن ٩٥ لسنة
٢١ قضائية . عكس ذلك إدارية عليا ١٩٧٨/٣/٢٥ الطعن ١٣١ لسنة
٢٠ قضائية . إدارية عليا ١٩٧٨/٣/٢٦ طعن ٣٣ س ١٩ . انظر عرضاً لهذه
الأحكام واتجاهات المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص . أحمد السيد
صاوي - ص ١٢٦ وما بعدها .

(٦٢) فتوى وإلى - ص ٢٣٩ الوسيط .
(٦٣) فتوى وإلى - الإشارة السابقة . إبراهيم سعد ص ٣٨٩ ،
دستورية عليا ١٩٨٤/١/٢١ ، الجمعة - ج ٣ - ص ٢٨٠ ، دستورية عليا
١٩٨٤/٣/٢ ، الجمعة - ج ٣ - ص ٢٩٠ .
(٦٤) دستورية عليا ١٩٨٢/٥/٧ ، الجمعة ، ج ٢ ، ص ١٩٨٣ .
محكمة التنازع ١٩٥٨/١/٢٥ التقضى س ٩ ص ٨ .

بينما الآخر قد صدر قبل الفصل في الموضوع (٦٥) . وكذلك الامر لو اختلف المحكوم به والطرف المتزعم بالتنفيذ في كل من الحكمين عن الآخر فلا يوجد هنا ثمة تعارض بين تنفيذ أحدهما عن تنفيذ الآخر ، ومن ثم لا يقبل طلب حل التنازع بينهما (٦٦) .

— أن يكون الحكمان نهائيين عند رفع طلب حل التنازع (٦٧) ، وإن يكونا قائمين حتى وقت رفع الطلب ، فإذا لم يكن أحدهما نهائيا ، فيجب استنفاد طرق الطعن فيه قبل رفع طلب حل التنازع ، نظرا لاحتمال إلغاء الحكم في الاستئناف دون الرجوع الى المحكمة الدستورية . ويشترط كذلك أن يكون الحكمان قائمين عند طلب حل التنازع ، فإن كان أحدهما قد تم تنفيذه بالفعل قبل الآخر ، فلا تقوم حالة التنازع حول التنفيذ (٦٨) .

وقد أجملت المحكمة الدستورية العليا هذه الشروط بقولها « أن مناط طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين هو أن يكون أحد الحكمين صادرا من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها ، وأن يكون الحكمان قد حصما النزاع وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معا (٦٩) فإذا كان قد تم إلغاء أحدهما من الجهة التي أصدرته ، فلا يوجد تنازعا . » ومن ثم فلا محل لطلب حل له « (٧٠) .

(٦٥) انظر فتوى والى - ص ٢٤٠ .

(٦٦) دستورية عليا ١٩٨٣/١١/١٩ ، المجموعة ، ج ٢ ، ص ٢٧٣ .

(٦٧) محكمة التنازع ١٩٥٨/١/٢٥ - س ٩ ص ٨ .

(٦٨) دستورية عليا ١٩٨٣/١٢/١٨ ، المجموعة ، ج ٢ ، ص ٢٨١ .

(٦٩) جلسة ١٩٨٥/١/٥ - المجموعة - ج ٣ - ص ٤٢١ ،

١٩٨٤/١/٢١ - المجموعة ذاتها - ج ٣ ، ص ٢٨٠ ، ١٩٨٤/٣/٣ - ج ٣ ،

ص ٣٩٠ .

(٧٠) انظر « تنازع الاختصاص » ١٩٦٢/١٢/٢٤ مجموعة النقض

بني ١٣ ، ص ٨٨٩ . ويلاحظ أن المحكمة العليا قد اشترطت لقبول حل

التنازع ، أيضا ألا يكون الحكمان أو أحدهما قد تم تنفيذه ، فإن كان أحدهما

قد تم تنفيذه ، فلا يتصور قيام التنازع بين الحكمين ، ومن ثم فلا محل لرفع

الطلب .

المطلب الثالث

وسيلة حل التنازع بشأن الولاية

٢١٥ - المحكمة المختصة :

إذا كان التنازع فى الولاية ، نتيجة طبيعية لتعدد جهات القضاء العاملة فى الدولة ، فان ذلك يتطلب من المشرع أن يحدد وسيلة لرفع هذا التنازع ، حرصا منه على ايجاد قاض ليفصل فى الدعوى ، وحرصا على ايجاد قاض واحد تكون له الولاية بالفصل فى المسألة .

ولما كان النزاع فى الولاية يقوم بين جهتى قضاء ، فمن المنطقى ألا تستأثر احداها بالفصل فى المنازعة ، حتى لا تكون خصما وحكما فى آن واحد ، وانما يجب أن يوكل الأمر الى جهة محايدة تماما لا تنتمى الى أى من جهات القضاء فى الدولة .

وتحقيقا للحياة الكامل (٧١) غيمن يتولى الفصل فى مسائل تنازع الولاية بين جهات القضاء فى الدولة ، فقد أنشأ المشرع بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ محكمة عليا أولاها هذه المهمة بجانب غيرها . وقد ألغيت هذه المحكمة بعد عشر سنوات من عملها لتحل محلها المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والتي كان الدستور المصرى قد نص عليها واعتبارها هيئة قضائية مستقلة (م ١٧٤ من الدستور) . وأصبحت المحكمة الدستورية العليا هى جهة القضاء للفصل فى مسائل الولاية القضائية (٧٢) وتفسير القوانين والرقابة على الدستورية .

الأمر اليها لحل التنازع (انظر حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٧/٧/١٢ فى الدعوى رقم (١) لسنة ٧ قضائية والمختور فى مجلة الحاماة س ٥٨ ، العددان الأول والثانى ص ٢٧ . وانظر فى نقد هذا الحكم فتحي والى - الوسيط ص ٢٤٠ - ٢٤٦ .

(٧١) وهو الأمر الذى لم يكن مراعى قبل انشاء المحكمة العليا د. محمود هاشم - الطبعة الأولى - ج ١ ، ص ٣٢٦ وما بعدها .

(٧٢) دستورية عليا ١٦/٦/١٩٨٤ ، مجموعة المحكمة الدستورية ،

وهذه المحكمة - كما نعلم - جهة قضائية مستقلة ، وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ، ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها .
والذين يعينون من بين الفئات التي حددتها المادة الرابعة من قانون انشائها ، على ألا يقل سن من يعين منهم عن خمسة وأربعين عاماً ، وهم غير قابلين للعزل .

٢١٦ - إجراءات طلب حل النزاع :

يعطى القانون لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا بدعوى مبتدأة ترفع بالأوضاع المعتادة المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية (٧٣) طالبا تعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى في حالة النزاع الإيجابي أو السلبي بشأن الولاية (م ٣١) . وإذا كان النزاع بشأن صدور تنفيذ حكمين متناقضين ، فيكون أيضا لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في هذا النزاع ، ويجب أن يبين في الطلب النزاع القائم حول التنفيذ ووجه التناقض بين الحكمين . ويجب أن تكون الدعوى موقعا عليها من محام مقبول للمرافعة أمام هذه المحكمة أو عضو بإدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال ، ويرفق بالدعوى صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما النزاع أو التناقض والا كان الطلب غير مقبول (٧٤) . (انظر هذه الأحكام في المواد ٣١ ، ٣٢ ، ٣٤ من قانون المحكمة) ومن هذا يتضح لنا ، أن طلب حل النزاع لا يرفع إلا بدعوى تودع قلم كتاب المحكمة ، فلا يتم بناء على قرار إحالة من إحدى المحاكم إلى المحكمة للدستورية العليا مباشرة ، لأن الاحالة كطريق لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا مقصور على الحالة الاستثنائية الواردة بالمادة ١/٢٩ من قانون المحكمة الدستورية للخاصة برفع دعوى الدستورية (★) .

(٧٢) راجع نص المادة ٢٨ من قانون المحكمة التي تحيل إلى قواعد المرافعات فيها لا يتعارف وطبيعة اختصاص المحكمة .
(٧٤) دستورية عليا ١١/١١/١٩٨١ ، المجموعة ، ج ٢ ، ص ٢٣١ .
(★) انظر حكم المحكمة الدستورية الصادر في ١٩٨٤/٤/٧ ، ج ٢ ، ص ٣٩٥ .

٢١٧ - أثر تقديم طلب حل النزاع :

يترتب على تقديم طلب تعيين الجهة ذات الولاية (المختصة) وقف الدعاوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فى الطلب (٣/٣١) ، ويمتنع اتخاذ أى إجراء فيها وذلك بقوة القانون (٧٥) . أما فى حالة التناقص الواقع بشأن حكيمين ، فإن لرئيس المحكمة أن يأمر بناء على طلب ذوى الشأن بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى الفصل فى النزاع . (م ٣/٣٢) (٧٦) .

٢١٨ - نظر القضية والحكم فيها :

يقوم قلم كتاب المحكمة بقيد الدعاوى والطلبات المقدمة إلى المحكمة فى يوم تقديمها ، ويجب عليه إعلان ذوى الشأن (٧٧) عن طريق المحضرين بالدعاوى أو الطلبات فى مدى خمسة عشر يوما من تاريخ القيد (م ٣٥) .

(٧٥) وإن كان من الأوفق منطقيا ألا يكون الوقف بقوة القانون ، وإنما بقرار من رئيس المحكمة الدستورية الذى يستطيع يلا شك تقدير المصلحة التى وقف الدعوى أو استمرارها على نحو يتفق مع الصالح العام . وذلك حتى لا يستطيع الخصم سوء النية . فى محاولة لمرقلة الفصل فى الدعوى ، محاولا التجايل برفع ذات الدعوى المرفوعة عليه إلى جهة قضاء أخرى ، ثم يقدم بعد ذلك بطلب تحديد الجهة ذات الولاية ، فتقف الدعوى بقسوة القانون (انظر فى هذا النقد رمزى سيف بند ١٦٧ ص ٢٠٨ . فتحى وإلى قانون القضاء المدنى ص ١٣٣ والوسيط ص ٢٤٣ بند ١٣٠) .

(٧٦) ولا تستطيع المحكمة الدستورية العليا أن تأمر بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما من تلقاء نفسها على عكس ما كان مقررا فى ظل المحكمة العليا المنهارة . . .

(٧٧) تنص المادة ٢/٨٨ برفعات على وجوب تدخل النيابة فى الطلبات أمام محكمة النزاع . ولما الغيت هذه المحكمة وتابست المحكمة العليا وصدر قانون الإجراءات أمامها ١٩٧٠/٦٦ ، فقد نصت المادة ٣/٣ منه على أن النيابة العامة تعتبر من ذوى الشأن متى كان الطلب متعلقا بالفصل فى دستورية قانون عقابى أو بوقف تنفيذ حكم صادر عن هيئات التحكيم ، مما أدى إلى القول بقبول المخالفة إلى أن النيابة لا تعد من ذوى الشأن حتى تعلن بدعوى طلب الولاية . أو حل التعارض بين الأحكام القضائية . وذلك لأن هذا القانون لاحق على قانون المرافعات . ولما الغي قانون إجراءات

وكل من أعلن بالعريضة أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاعلان مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات . ويكون لخصم الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوما التالية لانتهاج الميعاد السابق . ويكون للخصم الاول التعقيب على الرد بمذكرة خلال ١٥ يوما التالية (م ٣٨) .

وبعد انتهاء المواعيد المتقدمة ، يقوم قلم الكتاب بعرض ملف الدعوى على هيئة المفوضين مباشرة التى تتولى تحضير الموضوع وايداع تقريرها تحدد فيه المسائل المثارة ، الدستورية أو القانونية ، ورايها فيها مسببا . ويحدد رئيس المحكمة خلال اسبوع من ايداع التقرير تاريخ الجلسة لنظر الدعوى ، يخطر بها قلم الكتاب ذوى الشأن بكتاب مسجل بعلم الوصول .

وتحكم المحكمة فى الموضوع بغير مرافعة ، الا اذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية ، بحكم لا يقبل الطعن فيه بأى طريق .

==

المحكمة وصدر قانون المحكمة الدستورية العليا اعتبرت المادة ٣٥ منه المحكمة من ذوى الشئ فى الدعوى الدستورية فحسب الأمر الذى تلج بان النيابة العامة لم تعد من ذوى الشئ فى أى حالة من الحالات التى تعرض على المحكمة الدستورية العليا . وهذا ولا شك اتجاه غير موفق نتيجة حرمان النيابة العامة من الادلاء برايها فى المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ولا شك أن الولاية القضائية وتوزيعها من الأمور المتعلقة بالنظام العام . أنظر فاضلى والى - قانون القضاء ص ١٤٤ .

البَابُ الرَّابِعُ

قواعد الاختصاص

Regles de Competence

- أنواع الاختصاص •
- طبيعة قواعد الاختصاص ومشاكلها •

تمهيد

التعريف بالاختصاص ووقت تحديده

٢١٩ - تعريف الاختصاص :

رأينا أن سلطة القضاء *pouvoir de la juridiction* تتولاها جهات القضاء في الدولة . ويتولى المشرع توزيع ولاية القضاء *Juridiction* على هذه الجهات ، ويعد هذا التوزيع كما رأينا توزيعا للولاية . ولما كانت محكمة واحدة لا تستطيع مباشرة وظيفة القضاء المدني في كل ربوع الدولة ، في جميع المنازعات ، فمن الضروري أن يتألف هذا القضاء من محاكم متباينة في النوع ، ومنتشرة في مختلف مجن الجمهورية . ومن هنا كان من الضروري أن يقوم المشرع بتوزيع آخر ، أي بتوزيع ما يدخل في ولاية كل جهة قضائية على المحاكم التي تتكون منها هذه الجهة . محددا قدرا من ولاية هذه الجهة تبأثره كل محكمة على حدة . وهذا النوع من التوزيع هو ما يعرف بالاختصاص *Compétence* الذي يقوم به المشرع وفقا لمعايير معينة . وعلى ذلك يمكن تعريف الاختصاص بأنه القدر من ولاية قضاء جهة معينة الذي يعطيه المشرع لمحكمة معينة من محاكم هذه الجهة (١) . فتحديد اختصاص محكمة

(١)

" La competenza é la parte (quantita, porzione) attribuita (o assegnata) in esercizio a ciascun organo (giudice) . "

كيوفندا - مبادئ ص ٨٣ ، أوجوروكو - الاختصاص المدني ص ٢٤٩
Rocco Ugo, la competenza civile, in Novissimo Digesto Italiano, III, Utet, 1959. p. 749.

وبنفس المعنى كوستا - وجيز بند ٨٩ ص ٢٣٠ ، ليببان - وجيز بند ٤٨ ص ١٠٧ ج ١ . رننتي ج ١ بند ٣٥ ص ١٤٧ . زانزوكي ج ١ بند ٤٥ ص ٢٥٧ . سانا - المرافعات ص ١٧ والذي يرى أن الاختصاص لا يكون إلا بالتنسبة للمحاكم العادية

" La competenza riguarda soltanto i rapporti fra i giudici ordinari la distribuzione della cause fra i vari giudici " p. 17, No. 8.

وبذات المعنى لوجواندريا ص ٤٠ بند ٢١ . فقهي والي - الوسيط -

معينة انما يكون بتحديد القضايا التى تبأثر بها المحكمة بشأنها سلطة القضاء ، فالاختصاص يمثل مجرد حدود Limiti لمسلطة كل محكمة بالنسبة للمحاكم الأخرى التابعة لذات الجهة (٢) .

والاختصاص بهذا المعنى يختلف من ناحية ، عن فكرة الولاية giurisdizione التى تثبت لجميع محاكم الدولة فى عمومها ، لأن معناها الصلاحية المجردة لمباشرة وظيفة القضاء (٣) فى حين أن الاختصاص فهو سلطة محكمة معينة فى مباشرة وظيفة القضاء بالنسبة لجزء معين من ولاية الجهة التابعة لها . ولهذا فالحكم الذى يصدر من محكمة لا ولاية لها ينظر المنازعة المتعلقة به يعد حكما منعما لا يحوز حجية معينة ، بعكس الحكم الذى يصدر من محكمة خارج حدود اختصاصها. يعد حكما نائزا لحجيته. أمام المحاكم كافة ، طالما لم يطعن فيه ، أو استنفد طريق الطعن فيه (٤) . كما أن الاختصاص من ناحية أخرى يختلف عن

٢٦٦ هـ . إبراهيم نجيب ص ٤٢٤ . رمزي سيف بند ١٤٥ . أحمد السيد صاوى ص ١٦٩ . عبد المنعم الشرتاوى - بند ١٣٨ - العشموى - ٢٧٨ وانظر لأكوست - موجز بند ٦٦٨ . جلاسون وتيسيه بند ١٩٤ . جارسونيه وسيزار برو بند ٧٥ .

(٢) أنظر موريل ص ١٧٧ بند ١٩٤ الذى يعرف الاختصاص بأنه .
" Mesure dans laquelle, il (tribunal) peut exercer son pouvoir de juridiction " .

" M esura della giurisdizione " come dice il Mortara, cit. per Ugo Roeco, op. cit. p. 749. cit. no 1; zanzucchi.p; 257.No.45; Micheli; corso, I. p. 144. No 33.

وانظر فتحى والى - ص ٢٦٦ - الوسيط بند ١٤٧ . إبراهيم سعد ص ٤٢٤ كيوفندا - مبادئ ص ٤٨٣ بند ٢٦ .

(٣) وفى ذلك يقول أوجوروكو

" mentre la giurisdizione é il potere spettante a tutti i magistrati, considerati nel loro complesso, la competenza é la giurisdizione spettante in concreto la singolo magistrato " . la competenza op. cit. p. 749.

وكيوفندا - مبادئ ص ٤٨٣ . وجدى راغب فهمى - رسالة - العمل القضائى ص ٥٩٩ .

(٤) وجدى راغب - رسالة ص ٦١٠ . وانظر نقض مبنى ٣٦ / ١١ / ١٩٧٤

ص ٢٥ ص ١٢٨٦ .

- ٢٥٢ -

التوزيع الداخلى فى المحكمة ، أى توزيع قضايا المحكمة على دوائرها المختلفة ، فلا يعد ذلك توزيعاً للاختصاص ، وإنما مجرد توزيع داخلى بقصد تنظيم العمل فى المحكمة (٥) .

٢٢٠ - وقت تحديد الاختصاص :

يتحدد الاختصاص بالنظر الى المركز الواقعى Sato di fatto وقت تقديم الطلب الى المحكمة (٦) . أى بالنظر الى هذا المركز فى اللحظة التى يباشر فيها الحق فى الدعوى ، ولا يؤثر فى الاختصاص التغيير الذى يحدث فى هذا المركز بعد ذلك ، وسواء كان بزيادة قيمة الدعوى أو نقصها ، أو كان بتغيير موطن المدعى عليه (٧) .

ولكن اذا جدت ظروف أو وقائع من شأنها عقد الاختصاص للمحكمة التى قدمت اليها الدعوى بعد أن كانت غير مختصة وقت المطالبة ، فلا يجوز ، والأمر كذلك ، لهذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها

(٥) فتحى والى - الوسيط ص ٢٦٦ - ٢٦٧ . ليمان ج ١ ص ١٠٨ - ١٠٩ بند ٤٨ . نقض منى ١٩٧٤/١/٩ ص ٢٥ ص ١٢٥ . ١٩٧٥/٢/١٢ ص ٢٦ ص ٣٦٤ . ونقض ١٩٦١/١١/٢ ص ١٢ ص ٦٣٣ .

(٦) أوجوروكو - الاختصاص المدنى بند ٣ ص ٧٥٠ - المقالة المشار اليها Satta S. Commentario la Codice di Proc. Civ. I. 1959 p. 75e seg. Andriole V. Rassegna di giurisprudenza sul Cod. Proc. Civ. I, 1954, p. 15e seg.

(٧) وهذا ما تنص عليه بالفعل المادة الخامسة من قانون المرافعات الايطالى . انظر فى التعليق على هذه المادة ساتا - التعليق ج ١ ص ٧٥ وما بعدها . اندريولى - المزجج السابق ج ١ ص ١٥ وما بعدها . وانظر كذلك أوجوروكو - المقالة السابقة ص ٧٥٠ . كوستا ص ١٢١ - ١٢٢ . زاتزوكى ج ١ ص ٢٥٩ بند ١٧ . لوجواندريا - موجز ص ٢٩ بند ٢٠ . ساتا ، المرافعات ص ١٧ - فتحى والى الوسيط ص ٢٦٧ .

بنظر الدعوى ، وذلك اختصارا للوقت واقتصادا فى النفقات ، (٨) ، اذ لو قضت المحكمة بعدم اختصاصها ثم رفعت اليها الدعوى ثانية فانها - وقد أصبحت مختصة - لا تستطيع أن تقضى بعدم اختصاصها بنظرها .

٢٢١ - وفى دراستنا للاختصاص وقواعده : نبدأ بتحديد معايير الاختصاص أو أنواعه ، ثم نحدد طبيعة قواعده ، لدراسة مشاكل الاختصاص والتنازع فيه .

(٨) ليبمان - موجز بند ٤٨ من ١٠٧ . ساتا - التعليق ج ١ ص ٧٧ - ٧٨ رقم ٣ وراجع الأحكام التى أشار اليها المؤلف فى تعليقه . كوستا ص ١٢٢ بند ٩٠ وهابش ٧١ ، ٧٢ . اندريولى - المرجع السابق ص ١٦ - ١٧ . ميكيلي بند ٣٣ ص ١١٥ - ١١٧ فتوى والى - الوسيط ص ٢٦٧ - ٢٦٨ .

الفصل الأول

أنواع الاختصاص

٢٢٢ - تحديدها :

يقوم المشرع بتوزيع ولاية القضاء المدني على محاكمه المختلفة ، محددا جزءا لكل محكمة ، تباشر به وظيفة القضاء ، وعلمنا ان محاكم القضاء المدني ليست من نوع واحد أو من طبقة واحدة ، كما أنها وان كانت من نفس النوع فهي منتشرة في أماكن متفرقة ، موزعة على محافظات ومدن الدولة . وإذا ما كان الأمر كذلك ، فمن الطبيعي أن يتم التوزيع على مرحلتين : أولا : تحديد ما إذا كانت المسألة تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية على أساس تدرج المحاكم Verticale ، ثانيا : تحديد أى من المحاكم الجزئية أو الابتدائية المنتشرة في المدن المختلفة تختص بالفصل في هذه المسألة مكانيا (١) ويتولى المشرع بنفسه تحديد الاختصاص وفقا لمعايير Criteri محددة وقواعد منضبطة ، أما على أساس قيمة الدعوى أو نوعها ، ثم على أساس مكان المحكمة ذاته ، ليتنوع الاختصاص تبعا لذلك إلى اختصاص نوعي ، واختصاص قيمي ، ثم اختصاص مكانى . ولكن الفقه الايطالى يضيف الى ذلك نوعا رابعا للاختصاص هو الاختصاص الوظيفي Competenza Funzionale (٢) ، ويصنف الفقه الإيطالى

(١) أنظر ليبمان ج ١ ص ٤٩ من ١٠٩ . كوستا - بند ٩٠ من ١٣١
(٢) أنظر كيوفندا مبادئ ٥٢٥ - زانوكي ج ١ ص ٢٨١ . كوستا
من ١٤٤ أوجيوركو المقالة السابقة - ميكيلى ص ١٤٣ . ولكن هذا
الاختصاص الوظيفي ، يختلف عن ذلك الذى يطلق عليه الفقه التقليدى
الاختصاص الوظيفي أو الولاى ، اذ يقصد بهذا الاختصاص فى نظر هذا
الفقه هو توزيع ولاية قضاء الدولة على جهات القضاء بها وهو ما تحدثنا
عنه فيما سبق تحت عنوان ولاية القضاء (أنظر عبد الباسط جيمى مبادئ
ص ١١ ، أحمد مسلم - أصول ص ١٨٣ - محمد وميد الوهاب الغمماوى
ج ١ ص ٣٥٥ ، رمزى سيف من ١٨٤ . عبد المنعم الشرتاوى ص ١٧٦)

معايير الاختصاص (٣) الى معيار موضوعي Criterio obbiettivo
يتعلق بموضوع الدعوى ومعيار وظيفي Funzionale بالنظر الى
وظيفة المحكمة ، ومعيار مكاني Territoriale يتعلق بمكان المحكمة ،
اما الفقه التقليدي (٤) . فيقسم هذه المعايير الى معيار نوعي يتخذ من
طبيعة الدعوى أو قيمتها محددًا للاختصاص ، ومعيار مكاني (محلي)
بالإضافة الى الاختصاص الوظيفي أو الولاى لتوزيع ولاية قضاء الدولة
على جهاته المتعددة .

وفى دراستنا لأنواع الاختصاص ، سوف نتحدث عنها فى قانوننا
المصرى مع الإشارة الى تطبيقات المعيار الوظيفي الذى يضيفه الفقه
الايطالى .

أحمد السيد صاوى ص ١٧١ • كوشيز - ص ٣٠ • جولى الدريه -
ص ١٢٥ • فنسان بند ٢٢٣ ص ٢٩٤) ، أما الاختصاص الوظيفي فى نظر
الفقه الايطالى فهو معيار لتوزيع ولاية قضاء الجهة على محاكمه المختلفة على
أساس وظيفتها .

(٣) انظر كيوفندا - مبادئ ص ٤٨٤ وما بعدها • كوستا - ص ١٣١
بند ٩٠ ميكيلي ص ١٢٧ بند ٣٧ • لنيمان - موجز بند ٤٩ • ساتا بند ٨
لوجواتندريا بند ٢١ • أوجوروكو ج ٢ ص ٤٦ وما بعدها ،
(٤) جلاسون وتيسية ج ١ ص ٦٧٤ بند ٢٦٢ - كورنى وفوييه
ص ١٣١ • موريل بند ١٩٤ ص ١٧٧ .

المبحث الأول

الاختصاص القيمي

٢٢٣ - تقسيم :

يتخذ الاختصاص القيمي *Competenza per valore* من قيمة الطلب ، محل الدعوى ، أساسا لتوزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه المختلفة (٥) . ودراسة هذا النوع من الاختصاص . تقتضينا البدء بتوزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه وفقا لقيمة الدعوى ، ثم نبين النطاق الذى على أساسها يتم التقدير ، ما يدخل فيه وما يخرج عنه ، ثم لكيفية اجراء هذا التقدير .

المطلب الأول

توزيع الاختصاص القيمي

٢٢٤ - نصاب الاختصاص :

تنص المادة ٤٢ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠ على أن : « تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائيا فى الدعاوى المدنية والتجارية التى لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه ، ويكون حكمها انتهابيا اذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسين جنيها » . كما تنص المادة ٤٧ مرافعات معجلة بالقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ على اختصاص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائيا فى جميع الدعاوى التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، ويكون حكمها انتهابيا اذا لم تتجاوز قيمة الدعوى خمسمائة جنيه (٦) .

(٥) التى تكون محاكم الدرجة الاولى ، اذ ان مجال الاختصاص القيمي انما يتحدد بخصومة الدرجة الاولى *processo di cognizione* (انظر ليبيل موزر بند ٥٠ . أوجوروكو - مقالة ص ٧٥٢ بند ٦ . كويسبتا ص ١٢٤ بند ٩٢ .

(٦) وقد عدل المشرع بذلك النصاب الانتهابى للمحكمة الابتدائية الى خمسمائة جنيه بعد ان كان ٢٥٠ جنيه . ولكنه لم يعدل النصاب الانتهابى للقاضي الجزئى والذى ظل كما هو خمسين جنيها . بالرغم من توافر الحكمة التى اقتضت تعديل نصابه الابتدائى .

وهناك مشروع لتعديل قانون المرافعات ، اتجه فيه واضعوه الى رفع نصاب الاختصاص الابتدائي للمحكمة الجزئية الى خمسة آلاف جنيه ، والاختصاص الانتهائي لها خمسمائة جنيه .

يتضح لنا من ذلك ، أن المشرع قد وضع حدا لتوزيع ولاية القضاء المدنى على محاكمه المختلفة وهو خمسمائة جنيه ، بحيث تختص المحاكم الجزئية بالفصل فيما لا يجاوزه ، والمحاكم الابتدائية فيما يجاوزه . ويمثل هذا النصاب فى الوقت ذاته النصاب الانتهائي للمحاكم الابتدائية حيث يكون حكمها - فيما تختص به - انتهائيا اذا تجاوز قيمة الدعوى خمسمائة جنيه .

وبعبارة أخرى تكون جميع الأحكام الصادرة فى الدعاوى التى تدخل فى اختصاص المحاكم الابتدائية ، انتهائية لا تقبل الاستئناف ، متى كانت صادرة فى حدود النصاب الانتهائي لها ، سواء كانت هذه الدعاوى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية القيمي أو النوعي (٧) ، وذلك ما لم تكن هذه الأحكام باطلة أو مبنية على إجراءات باطلة ، فيجوز استئنافها أعمالا للمادة ٢٢١ من قانون المرافعات ، استثناء ، أيا كانت قيمتها ، بشرط ايداع كفالة معينة عند الطعن فيها (٨) تصدر بقوة القانون متى حكم بعدم جواز الاستئناف لانتفاء البطلان .

أما الدعاوى التى تدخل قيميا أو نوعيا فى اختصاص المحاكم الجزئية ، اذا رفعت بطريق الخطأ الى المحكمة الابتدائية ، ولم تنتبه هذه المحكمة الى ذلك ولم تقض بعدم اختصاصها بنظرها وقضت فى

(٧) نقض ١٩٧٢/٣/٢٧ ، س ٢٤ ، ص ٤٩٠ .

(٨) قايداع الكفالة اجراء جوهرى لازم لقبول الاستئناف (نقض ١٩٨٤/١/٣١ فى الطعن ١٧٠٩ لسنة ٥٠ ق . نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٤٥ ق) . على أن محكمة النقض قد أجازت ايداع الكفالة عند تقديم صحيفة الطعن ، أو بعده ولكن خلال ميعاد الاستئناف (نقض ١٩٨٠/١/٣ فى الطعن ٦١٣ لسنة ٤٩ ق . ١٩٨٠/٥/٢٦ فى الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٤٦ ق) . مكس ذلك أحمد أبو الوفا - بند ٦٠٥ ص ٨٣٠ الذى يرى أن الكفالة لا يترتب على عدم ايداعها ثمة بطلان أو عدم قبول للاستئناف .

الموضوع ، فهل يجوز استئناف هذه الأحكام بالرغم من دخولها فى النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية ؟ أم لا يجوز ذلك ؟

لم يتعرض الفقه لهذه المسألة ، الأمر الذى دعانا الى التعرض لها فى طبعة سابقة من هذا المؤلف (٩) . وقلنا أن النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية لا يكون الا بالنسبة « للدعاوى التى تدخل فى اختصاص المحاكم الابتدائية قيميا ونوعيا . أما تلك الدعاوى التى لا تدخل فى اختصاصها وفقا لقواعد الاختصاص ، ورفعت اليها خطأ ، ولم تنتبه المحكمة الى ذلك وقضت فى الدعوى . فإن حكمها يكون جائزا استئنافه - طبقا للقواعد العامة - ولو لم تتجاوز قيمة الدعوى خمسمائة جنيه ، وذلك حرصا على عدم تفويت درجة من درجات التقاضى على الخصم » .

وذكرنا أن هذا القول لا يتعارض مع نص الفقرة الثانية من المادة ٤٧ من قانون المرافعات ، اعتبارا بأن هذا النص ينحصر تطبيقه على الأحكام الصادرة فى الدعاوى التى تدخل أصلا فى اختصاص المحاكم الابتدائية وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٧ ذاتها التى تقضى باختصاص تلك المحاكم بالدعاوى التى تخرج عن اختصاص المحاكم الجزئية . وذلك لأن الفقرة الثانية معطوفة على الفقرة الأولى .

ومن ثم فإن كل ما يدخل فى اختصاص المحاكم الأخيرة يخرج - دون شك - عن اختصاص المحاكم الابتدائية ، فلا تفصل فيه لا ابتدائيا ولا انتهائيا . فإن تم ذلك بطريق الخطأ . فإنه يكون قد تم بالمخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام والتى لا يجوز مخالفتها ، الأمر الذى يؤدي الى استئناف الحكم الصادر فيها ولو كانت قيمة الدعوى مما تدخل فى النصاب الانتهائى للمحكمة الابتدائية (١٠) ، وذلك وفقا للقواعد العامة ، وليس وفقا لنص المادة ٢٢١ مرافعات التى تجيز استئناف الأحكام الباطلة أو المبنية على إجراءات باطلة ولو كانت صادرة

(٩) أنظر مؤلفنا قانون القضاء المدنى ، ١٩٨١ ، ج ١ ، ص ٣٢٩ ،

بند ٢١٧ ، وهامش رقم ٩ .

(١٠) راجع نقض ١٩٦٢/٦/٢٤ ، مجموعة النقض ، ص ١٣ ،

ص ٧٠٢ .

بصفة انتهائية ، وذلك لأن استئناف الأحكام وفقا لهذه المادة ، لا بد وأن يكون مصحوبا بإيداع الكفالة المنصوص عليها والا كان الاستئناف غير مقبول (١١) .

وقد تبنت محكمة النقض رأينا هذا في حكمين لها قررت في أولهما أن « الأحكام الانتهائية الصادرة من المحكمة الابتدائية التي لا تتجاوز قيمتها على (النصاب المحدد) مناطها الدعوى التي تختص بنظرها استثناء من قواعد الاختصاص النوعي أو القيمي . فإن خرجت ... عن ذلك فإن الأحكام الصادرة فيها يجوز استئنافها » (١٢) ، وبذلك عدلت محكمة النقض عن قضاءها السابق في هذا الخصوص .

ومن ناحية ثالثة فإن المحكمة الابتدائية ، باعتبارها المحكمة ذات الاختصاص الكلي الشامل Tribunal du droit commun تختص بالفصل في كل الدعاوى غير المقدرة القيمة ، باعتبار أن قيمتها زائدة على خمسمائة جنيه (م ٤١ مرافعات معدلة بالقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠) . أما المحكمة الجزئية فلا تختص بقيمها الا بالدعاوى المقدرة القيمة والتي لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه .

وقد عرف هذا النوع من الاختصاص في الفقه الاسلامي ، اذ يجوز أن يكون القاضي خاص النظر عام العمل ، أو عام النظر خاص العمل ، أو خاص النظر خاص العمل . وفي هذا يقول ابن قدامة : « يجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال ، نحو أن يقول : أحكم في المائة فما دونها ، .

(١١) راجع ذلك كله في مؤلفنا المذكور ، ص ٣٣٩ هامش (٩) .
(١٢) نقض ١٩٨٢/٥/٢٠ في الطعن ١٩٨٤ لسنة ٤٨ ق . وقررت في الثاني أن « مناط نهائية الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيها » . أن تكون هذه الدعاوى فيها تختص المحاكم الابتدائية بنظره استثناء من القواعد العامة في اختصاص المحكمة الابتدائية . فإن خرجت عنها وكانت قيمتها لا تتجاوز (مائتين وخمسين جنيها) فإن الحكم الصادر فيها يكون غير نهائي جائز استئنافه (نقض ١٩٨٢/٩/١٠ في الطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٤٨ ق) .
تارن نقض ١٩٨٦/٦/١٢ في الطعن ١١٣٩ لسنة ٥٣ ق . ونقض ١٩٨٤/١١/١٣ في الطعن ٢١٠ لسنة ٥١ ق .

فلا ينفذ حكمه فى أكثر منها « . كما قال عمر بن الخطاب لقاضيه يزيد :
« رد الناس عنى فى الدرهم والدرهمين » . كما قال عبد الله الزبيدى :
« لم يزل الأمراء عندنا يستقضون قاضيا على المسجد الجامع يحكم فى
مئتى درهم وفى عشرين دينارا فما دونها » (١٣) .

المطلب الثانى

القواعد العامة فى تحديد قيمة الدعوى

٢٢٥ - تمهيد :

إذا كان المشرع قد اتخذ من القيمة الاقتصادية للدعوى أساسا لتوزيع
الاختصاص بين محاكم الدرجة الأولى ، فكان لابد من إيجاد قواعد عامة ،
تجب مراعاتها عند تقدير هذه القيمة ، وذلك لبيان ما يدخل فى هذا
التقدير ما يخرج عنه ، والمعول عليه فى تقدير قيمة الدعوى هو القواعد
التي حددها قانون المرافعات (١٤) ، ويدهى أن تختلف هذه
القواعد بحسب ما إذا كان المطلوب فى الدعوى طلبا واحدا أو طلبات
متعددة .

(١٣) أنظر ابن قدامة الحنفى ، ج ٩ ، ص ١٠٥ ، الماردى - الأحكام
السلطانية ، ص ٧٢ - ٧٣ ، البهوتى - كشف التناع ، ج ٦ ، ص ٢٩١ .
وتفصيلا محبوب هاشم - القضاء ونظام الالابات ، بند ٤٠٥٩ ، ص ٩٧ ،
النظام القضائى الاسلامى ، ص ٤٥٤ - ٤٥٥ .
(١٤) نقض ١١/١١/١٩٧٥ ، ص ٤٦ ، ص ١٣٩٤ . ولق تعارضت
مع قانون الرسوم (نقض ١٧/١٠/١٩٦٧ ، ص ١٨ ، ص ٦٥٢١) .

الفرع الأول

وحدة الطلب في الدعوى

٢٧٦ - إذا كان المطلوب في الدعوى طلبا واحدا فيجب مراعاة القواعد الآتية :

١ - العبرة بقيمة المطلوب الحكم به :

يجب النظر - في تحديد قيمة الدعوى - الى قيمة المطلوب الحكم به ، بغض النظر عن القيمة التي يحكم بها القاضى (١٥) . فليس من المنطوق أن يتوقف تحديد الاختصاص على ما سوف يحكم به القاضى ، فقد لا يحكم بشئ ، كما لا يجب أن تتوقف قواعد الاختصاص ولا قابلية الحكم للاستئناف على ارادته ، فضلا عن أن القيسة يجب معرفتها وتقديرها قبل رفع الدعوى ، حتى يمكن رفعها الى المحكمة المختصة (١٦) ومن ثم فإن دعوى التعويض نتيجة لفسخ عقد ، تقدر بمبلغ التعويض المطالب به بعرف النظر عما يحكم به القاضى بالفعل ، وأيا ما كانت قيمة الشئ محل العقد (١٧) . كما أن قيمة الدعوى لا تتأثر بالوسائل التي يقدمها الخصم تأييدا لطلبه ، فلو كانت مستندات الخصم تشتمل على حقوق تزيد في قيمتها على ما يطالب به ، فلا تدخل هذه الحقوق الزائدة في تقدير قيمة الدعوى (١٨) .

(١٥) فنانس بند ٢٧٦ من ٣٤٦ . كيوفندا مبادئ من ٤٩٣ - ٤٩٤ احمد أبو الوفا بند ٣٠٧ من ٣٥٩ . وانظر نقض ١٩٨٥/١٢/٢٩ الطعن ٦ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٦٦/٦/١٦ من ١٧ من ١٤١٥ .

(١٦) فتحى والى - الوسيط من ٢٦٩ . ابراهيم سعد من ٤٥١ - ٤٥٢ أوجوروكو من ٧٥٢ . كوستا من ١٣٦ بند ٩٣

(١٧) فتحى والى - قانون القضاء الدنى بند ١٩٨ من ٤٥٦ .

(١٨) احمد أبو الوفا . بند ٣١٢ من ٣٣٧ - ٣٣٩ . ونضت محكمة النقض بأن العبرة بالقرن المطلوب دون التزام بالعناصر التي بنى عليها (نقض ١٩٨٦/٥/٨ في الطعن رقم ٢٥٠٨ ، ٢٥٢٦ لسنة ٥٢ ق) ، كما قضت بأن طلب الطاعة - رفض الدعوى تأسيسا على انكار توقيعها على عقد بيع أو على أن العقد في حقيقته وصية - لا يعتبر منها - بوصفها مدعى عليها - طلبا عارضا ، بل وسيلة دفاع تدخل في نطاق المناضلة في الدعوى الأصلية ، ويكون عدم الاعتداد به في تقدير الدعوى صحيحا (نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ من ١٨ من ١٥٢٤) . . .

- الا يكون الجزء المطلوب هو الجزء الأخير من الحق : فان كان الجزء المطلوب فى الدعوى هو الجزء الباقي من الحق ، فان الدعوى تقدر بقيمة هذا الجزء وحده ولو نازع المدعى عليه فى الحق بأكمله (٢١) اذ لا أهمية لهذه المنازعة بالنسبة لقيمة الدعوى .

• - أن يكون المدعى ذا صفة فى النزاع الذى يثيره المدعى عليه فى الحق بأكمله (٢٢) : فاذا لم يكن للمدعى فى الدعوى صفة الا بالنسبة للجزء المطالب به ، فان الدعوى تقدر فى هذه الحالة بقيمة الجزء فقط ، اذ لا يتصور التمسك بحجية الحكم الصادر فى الكل قبل شخص لم يكن طرفا فى الدعوى . ومثال ذلك الدعوى المرفوعة بطلب صحة ونفاذ اقرار صادر عن عقد بيع صدر من بائعين اختصم أحدهما فى الدعوى دون الآخر ، فان الدعوى تقدر بما طلب فى نطاق حصصة البائع المختصم فى القدر المبيع ولا تتعدى الى حصصة البائع الذى لم يتم اختصامه (٢٣) .

٤ - العبرة بالطلبات الختامية للمدعى :

يعتد فى التقرير بالطلبات الختامية للمدعى ، اذ تنص المادة ١/٣٦ على أن التقدير يكون على أساس آخر طلبات الخصوم (٢٤) ، وعلى ذلك فاذا عدل المدعى من طلباته بالزيادة او النقص ، فان التقدير يكون

(٢١) فتحى والى - الوسيط من ٢٧٠ . ابراهيم سمعد من ٤٥٤
ابو الوفا بند ٣١٣ من ٣٣٩ نقض ١٢/٢/١٩٥٣ - المصامدة من ٣٥ من ١٠٦٨
(٢٢) ابراهيم سمعد - الاشارة السابقة - ابو الوفا - الاشارة السابقة .
(٢٣) انظر ابراهيم سمعد من ٤٥٤ . رمزى سيف بند ٢٢٩ من ٢٧٣٠ .
نقض ١٩٥٧/٤/٢٥ من ٨ من ٤٥١ .
(٢٤) راجع أحكام نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ فى الطعن ٤٢٩ لسنة ٥٢ ق ،
١٩٨٧/٤/٩ فى الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٢/١١/١٩٨٦ فى الطعن
رغم ٧٠٦٥ لسنة ٥٤ ق ، ٢١/٥/١٩٨٦ فى الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٥٢ ق
اغفال المدعى فى مذكرته الختامية بعض الطلبات التى اوردها بصحيفة
افتتاح الدعوى . فصل المحكمة فى الطلبات الاخيرة قضاء بها لم يطلبه
الخصوم . نقض ١٩٨٧/٤/٩ فى الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٥٣ ق . نقض
١٩٨٤/١١/١٣ فى الطعن ٢١٠ لسنة ٥١ ق ، ١/٢/١٩٦٦ من ١٧ من
٢٦٩ ، ١٤/٦/١٩٦٦ ، ١٦/٦/١٩٦٦ من ١٧ من ١٣٧٣ ، ١٤١٥ ونقض
١٩٦٨/٥/٩ من ٢٩ من ٩٢٤ .

على أساس آخر الطلبات ، فإذا عدل المدعى مثلاً من طلباته أمام المحكمة الجزئية الى ما قيمته ٥٤٠ جنيه بعد أن كانت ٤٥٠ جنيه ، فتقدر الدعوى بـ ٤٥٠ جنيه لتدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية ، والعكس صحيح كما رأينا . ولكن يشترط فى هذه الطلبات أن تكون معدلة من الطلب الاصلى ، فان كانت غير ذلك ، بأن كانت جديدة اعتبرت طلبات عارضة بطريق بشأنها ما يطبق على الطلبات العارضة (٢٥) . كما يشترط ألا يكون التعديل لمجرد التحايل على قواعد الاختصاص أو نهائية الحكم (٢٦) كما يشترط ألا تكون الطلبات الشتمية مندمجة فى الطلب الاصلى ، إذ ان الطلبات المندمجة لا تؤثر فى تقدير قيمة الدعوى (م ٢/٣٨) ، ومن أمثلة الطلبات المندمجة شطب الرهن فى دعوى براءة الذمة ، أو الغاء الحجز فى دعوى براءة الذمة من دين الأجرة . لأن القضاء فى الطلب الاصلى قضاء فى الطلب الآخر ، ومن ثم لا يجوز أن يكون للطلب الثانى كيان مستقل (٢٧) ، ويشترط لذلك - كما هو واضح - أن يكون القضاء فى الطلب الاصلى قضاء فى الطلب المندمج ، وألا يقوم نزاع خاص حول هذا الطلب الأخير ، فان قام هذا النزاع وجب تقدير الطلب المندمج تقديراً مستقلاً . الا أن رأياً قد ذهب - ويحق - الى اعتبار الطلب المندمج طلباً غير قابل للتقدير ، وملحق بالطلب الاصلى ، وعليه لا تحسب قيمته فى تقدير قيمة الدعوى لهذا السبب (٢٨) .

-
- (٢٥) نقض ١٩٦٦/٦/١٦ من ١٧ من ١٤١٥ . إبراهيم سعد - ص ٤٥٥ . فتوى والى - الوسيط ص ٢٧٤ .
 (٢٦) أنظر محمد كمال عبد العزيز - ص ١٤٠ ونقض ١٩٧١/٣/١٨ من ٢٢ ص ٣٣٤ .
 (٢٧) أنظر نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ من ٢٦ ص ١٦٧٣ . وأنظر نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٤٥ ق . كما لا يكون للطلبات المرتبطة تقدير مستقل . نقض ١٩٧٥/٦/٣٠ الطعن ٣٢ لسنة ٤١ قضائية .
 (٢٨) ومن ثم يستوى أن يثار بشأنه نزاع خاص به أم لا . على خلاف المذكورة - الايضاحية . أنظر هذا الرأى فى رمزى سيف بند ٢٣٦ من ٢٨٣ - فتوى والى - الوسيط ص ٢٧٤ . قارن ابو الوفا - المرافعات ، ص ٣٦٥ هامش (٢) .

٥ - ملحقات الطلب الأصلي :

يدخل فى تقدير القيمة كمحدد للاختصاص ما يكون مستحقا يومئذ (يوم رفع الدعوى) من الفوائد والتعويضات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة ، وكذا طلب ما يستجد من الأجرة بعد رفع الدعوى إلى يوم الحكم فيها ، وفى جميع الحالات يعتد بقيمة البناء أو الغراس إذا طُلبت إزالته (م ٣٦) .

يتضح أن ملحقات الطلب الأصلي وتوابعه تدخل فى التقدير لتحديد القيمة التى يتحدد على أساسها الاختصاص ، ولكن بتوافر شروط معينة هى :

- أن تكون هذه الملحقات قد طلبت من المدعى (٢٩) : وذلك تطبيقا لقاعدة العامة فى أن التقاضى يتقيد بطلبات الخصوم ، ولا يحكم بما لم يطلبوه ولا بأكثر مما طلبوه .

- أن تكون الملحقات مقدرة القيمة أى قابلة للتقدير : فإن كانت غير ذلك ، فلا تدخل فى تقدير قيمة الدعوى ، التى تتحدد فقط بقيمة الطلب الأصلي ، مثال ذلك طلب تسليم العين المؤجرة تبعا لطلب فسخ عقد الإيجار . ولكن يستثنى المشرع من هذا الشرط حالة طلب إزالة البناء أو الغراس فى حالة رفع دعوى تقرير الملكية . فإذا حدث واغتصب شخص عقارا مملوكا للغير ، وأقام عليه بناء أو غراس ، ثم رفع المعتدى عليه دعوى ثبوت الملكية ، فإنه يطلب عادة إزالة البناء الذى تم ، أو الغراس الذى غرس . فهل تقدر الدعوى بقيمة العقار فحسب ، أم يدخل فى التقدير قيمة البناء أو الغراس (٣٠) ؟ لا شك أن إزالة البناء أو الغراس

(٢٩) فتحي وإلى - الوسيط ص ٢٧١ . وانظر كوستا ص ١٣٧ - ١٣٨
بند ٩٤ فالمعبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به . نقض
١٩٧٤/٢/٢١ م ص ٢٥ ص ٣٩٠ .
(٣٠) انظر أحمد مسلم . مقاله حول « تقدير الدعوى المضمنة طلب
إزالة بناء تبعا لطلب أصلى منشور فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٥٩
ص ١٩٩ وما بعدها .

يعتبر من ملحقات الطلب الأصلي غير المقدرة القيمة ، مما كان ينبغي معه القول بعدم دخولها فى التقدير ، لولا أن المشرع نص صراحة على دخول قيمتها فى التقدير مع الطلب الأصلي . وذلك على اعتبار أن هذا الطلب قابل للتقدير ، ويقدر بقيمة الشيء المطلوب إزالته (٣١) .

- أن تكون الملحقات مستحقة الأداء وقت رفع الدعوى : فإن لم تكن كذلك عند المطالبة القضائية فلا تدخل فى التقدير . وعليه لا تدخل الفوائد فى التقدير إلا إذا كانت مستحقة الأداء عند المطالبة القضائية ، ولا تدخل تلك التى تستحق بعد ذلك وحتى الحكم فى الدعوى . وكذلك التعويضات ، فيجب أن تكون أيضا مستحقة الأداء عند رفع الدعوى ، أى أن تكون عن ضرر تم قبل هذا . أما المصاريف فلا يقصد بها مصاريف الخصومة التى بدأت بالطلب ، وإنما المصاريف الأخرى مثل مدازيف حراسة الشيء محل النزاع ، أو المحافظة عليه (٣٢) .

ويستثنى المشرع من هذا الشرط ، حالة واحدة ، وهى طلب ما يستجد من أجره بعد رفع الدعوى الى يوم الحكم فيها ، فى حالة المطالبة بالآجرة المتأخرة فى ذمة المستأجر ، وذلك على اعتبار أن ما يستجد من أجره بعد رفع الدعوى يعد جزءا من الطلب الأصلي وهو الآجرة المتأخرة (٣٣) .

(٣١) فتحى والى - الوسيط - ص ٢٧٣ . وقضت محكمة النقض بأن طلب تسليم الأرض خالية مما عليها من مبان ينطوى على طلب إزالتها مما يوجب الاعتداد بقيمة المبانى فى تقدير قيمة الدعوى (نقض ١٩٨٣/٢/٢٠ ص ٢٤ من ١١٢ - ٥٠٧) .

(٣٢) فنان بندي ٢٧٦ ص ٣٤٩ . موريل بندي ٢٤٩ - فتحى والى - الوسيط ص ٢٧٢ .

(٣٣) إذ أن ما يستجد من أجره لا يعتبر من ذيل الملحقات ، ومن ثم فلا يأخذ حكمها ، وإنما يجب احتسابه دون أن يؤثر على الاختصاص ، ولكن لا احتسابه أهمية فى القابلية للاهتئناف (أحمد مسلم - ش ٢١٩ بندي ٢٠٨) .

الفرع الثانى

تعدد الطلبات

٢٢٧ - ما تقدم من قواعد كان بالنسبة لما اذا كان الطلب المرفوع به الدعوى واحدا . أما اذا كان هناك طلبات متعددة ، فلا شك أن قواعد اخرى يجب تطبيقها . والتعدد قد يكون موضوعيا ، وقد يكون تعددا فى اشخاص الدعوى ، أى الخصوم فيها .

٢٢٨ - التعدد الموضوعى :

أى الحالة التى تتعدد فيها طلبات المدعى ضد المدعى عليه ، وقد يكون هذا التعدد بسيطا وقد يكون موصوفا .

١ - التعدد البسيط :

ويقصد به تعدد الطلبات الأصلية فى الدعوى والمقدمة من المدعى فى مواجهة المدعى عليه ، ويطلق عليه البعض التعدد الاستقلالى (٣٤) . ويحكم هذا النوع من التعدد قاعدة بسيطة أيضا مؤداها ضرورة الرجوع الى السبب الذى تستند إليه هذه الطلبات ، فان كانت تستند جميعها الى سبب واحد فتقدر الدعوى ، والحال كذلك بقيمة الطلبات كلها ، أما اذا تعددت الاسباب القانونية التى تستند اليها الطلبات ، يكون التقدير باعتبار قيمة كل منها على حدة (م ١/٣٨) (٣٥) وعلى ذلك فإذا رفعت الدعوى للمطالبة بعدة أقساط من الأجرة ، أو التأمين ، فان الدعوى تقدر بقيمة مجموع الأقساط كلها المطالب بها نظرا لوحدة السبب القانونى لها وهو عقد الايجار (٣٦) أو عقد التأمين . أما اذا تعددت أسباب الطلبات ، اعتبر كل طلب بسببه كما لو كان دعوى قائمة بذاتها ، تقدر بقيمة المطلوب

(٣٤) أحمد مسلم - اصوله بند ٢٠٧ ص ٢١٥ . ابراهيم سعد ص ٤٥٨

(٣٥) انظر كيوندا - ببادئ ص ٤٩٦ . أوجوروكو - مجلة ص ٧٥٣ ،

نقض ١٩٨٦/١١/١٨ فى الطعن ١٤٨٩ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٧٨/٣/١٨

س ٢٩ ، ص ٨٠٥ .

(٣٦) -نقض ١٩٦٦/٦/١٤ س ١٧ ص ١٣٧٣ . أحمد مسلم - الإشارة

النسبته نقض ١٩٦٨/٢/١٤ س ١٩٠ ص ٢٩٠ نقض ١٩٧٠/٣/١٩ س ٢١

ص ٤٨٤ .

فيها ، ولو جمعت هذه الدعاوى فى دعوى واحدة ، مثال ذلك كما لو طالب شخص آخر بدفع أجرة الشيء المؤجر ، ويدفع ثمن ما باعه له من منقولات ، فتقدر قيمة الدعوى هنا بقيمة كل طلب على حدة نظرا لاختلاف السبب فى الطلبين (٣٧) . ويعتبر السبب مختلفا ولو كان من نفس النوع ، مثال ذلك حالة ما اذا أبرم شخص عقد عمل مع آخر ، ثم أبرم تعاين نفسه عقد عمل آخر مع رب العمل ذاته لفترة اخرى ، فإذا رفع تعاين دعوى للمطالبة بالأجرة المستحقة له عن الفترتين ، فلا تجمع قيمة الطلبين لتقدير الدعوى لاختلاف سبب كل منهما ، ون كنا من طبيعة واحدة وهو عقد العمل (٣٨) وكذلك لو اقترض شخص من آخر مبلغين من النقود بعقدى قرض فى مناسبتين مختلفتين (٣٩) .

واذا كانت القاعدة فى هذه الحالة تدور حول وحيدة السبب او تعدده الذى تمتد اليه الطلبات ، فما هو المقصود بالسبب فى هذا الخصوص ؟

يذهب الراى الراجع (٤٠) الى أن السبب le cause هو الاساس

(٣٧) احمد مسلم - ص ٢١٥ . فتحى والى - الوسيط ص ٢٧٦ . وكذلك شراء الطاعنين الاطيان المشفوعة بموجب عقدين مستقلين صادرين من بائعين مختلفين . فالدعوى بطلب اخذ الاطيان بالشفعة اعتبارها منظمة لدعويتين مستقلتين . وتقدر الدعوى بقيمة كل عقد على حدة (١١٢٧/٦/١) ص ٢٦ (١١٢٧) .

(٣٨) فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٤٦٧ . (٣٩) محمد حامد فهمى ص ١٧٩ بند ١٧٣ . وهذا هو الراى الراجع . انظر احمد مسلم - ص ٢١٥ هامش (١) . محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٥٢ بند ٣٤٩ . ابراهيم سعد ص ٤٥٩ . أبو الوفا - بند ٣١٦ ، تنص ١٩٦٦/٢/١٠ ص ١٧ ، ٢٦٩ ، ١٩٦٩/٦/٤ ص ٢٠ من ٨٦٨ . عكس ذلك عبد الفتاح السيد - الوجيز بند ٢٠٩ ص ٣٠٠ - ٣٠١ . (٤٠) أحمد أبو الوفا - بند ٣١٦ . عبد المنعم الشرقاوى ، شرح ص ٢٦٣ بند ١٦٧ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٤٥٣ . فتحى والى - الوسيط ص ٢٧٦ . رمزي سيف ص ٢٧٩ بند ٢٢٥ . وانظر دراسة فى السبب مقالة لهشام صادق بعنوان « المقصود بسبب الدعوى المبتع على التانى تغييره - مجلة الحاماة أبريل سنة ١٩٧٠ ص ٧٦ وما بعدها ، وانظر قنسان، بند ٣٨٣ ، كورنر وفوييه ص ٤٠٥ . عزى عبد الفتاح - أساس الادعاء أمام القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ .

القانونى الذى تبنى عليه الدعوى ، أى الواقعة القانونية المنشئة للحق المطالب به فى الدعوى ، عقدا كان أو غير عقد (٤١) .

ويختلف السبب بهذا المعنى عن الوسائل والأدلة les moyens التى يقدمها المدعى تأييدا لدعواه . إذ أن هذه الوسائل قد تكون قانونية وقد تكون واقعة (٤٢) ، فهذه الوسائل أو الأدلة لا شأن لها بوحدة السبب القانونى أو تعدده . ومن ثم فمسبب طلب تخفيض الأجرة هو تحديد الأجرة القانونية الواجبة ، ومن ثم فإذا استند المدعى فى طلبه الى نص قانونى معين ، فإن ذلك لا يمنع المحكمة من أعمال نص قانونى آخر دون أن يعتبر ذلك تغييرا منها لمسبب الدعوى (٤٣) .

وكذلك لا شأن لوحدة السبب أو تعدده بوحدة السند أو تعدده ، فقد يتضمن السند الواحد أكثر من سبب قانونى ، كما أن السبب الواحد يمكن أن يفرغ فى أكثر من سند (٤٤) ، ومن ثم فإذا رفع شخص دعوى على آخر ، يطالبه بثمن ما باعه له . وبأجرة ما أجره له ، فإن قيمة الدعوى تقدر بقيمة كل طلب على حدة نظرا لاختلاف سبب كل منهما ولو كان البيع والايجار قد حررا فى ورقة واحدة . وكذلك إذا باع شخص لآخر مال معين مقابل ثمن محدد حرره المشتري سندات متعددة ، فإن الدعوى التى يرفعها البائع على المشتري للمطالبة بقيمة السندات

(٤١) بينما يذهب البعض الآخر الى القول بأن السبب هو مجموعة الوقائع التى يستند اليها المدعى فى طلباته دون نظر الى تكييفه لهذه الوقائع (ابراهيم سعد - ص ٥٨٠ . محمد كمال عبد العزيز ص ١٥٢ ، نورماند - القاضى والنزاع ص ١٦٦ ونقض ١٦٩/٦/١٩٦٩ ص ٢٠ ، ٨٦٨ ، ١٩٦٤/١/٩ ص ١٥ ، ٥٣ ، ١٩٧٧/٢/٩ الطعن ٧٤ ص ٤٣ قضائية .

(٤٢) فنسان بند ٣٨٤ . أبو الوفا ص ٣٤٦ . ابراهيم سعد ص ٤٦٠

(٤٣) انظر محمد كمال عبد العزيز ١٥٢ - ١٥٣ . نقض ١٩٧٧/٢/٩

المشار اليه فى الإشارة السابقة .

(٤٤) انظر كيوفندا - مبادئه ص ٤٦٦ . فتحى والى - الوسيط

ص ٢٧٦ . ابراهيم سعد ص ٤٦٠ . أبو الوفا - الإشارة السابقة - محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٥٤٤ .

مجتمعة ، فتقدر الدعوى بقيمة هذه السندات كلها ، لأنها نشأت جميعها عن سبب قانونى واحد وهو عقد البيع (٤٥) .

وثمة ملاحظة أخيرة فى هذا الشأن هى أن تقدير وحدة السبب أو تعدده من المسائل الموضوعية التى تستقل بتقديرها المحكمة غير خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد انتهت الى قرارها بناء على أسباب قانونية سائغة (٤٦) . ومن ناحية أخرى فإن وحدة السبب أو تعدده كأساس لتقدير قيمة الدعوى لا يكون الا بالنسبة لطلبات المدعى وحده ، فلا تجمع معها طلبات المدعى عليه نتيجة وحدة السبب (٤٧) .

ب - التعدد الموصوف :

والتعدد يكون موصوفاً ، اذا كان تعدداً احتياطياً أو تخييرياً ، ويكون التعدد احتياطياً ، اذا طالب المدعى بطلب أصلى وآخر احتياطى، اذا لم تجبه المحكمة الى طلبه الأول . ولا تفصل المحكمة فى الطلب الاحتياطى الا اذا رفضت الطلب الأصلى . فبما تقدر الدعوى فى هذه الحالة ، هل بالطلب الأصلى أم الاحتياطى ؟ لم يجب القانون على هذا التساؤل ، تاركاً ذلك لجهود الفقه وتقدير المحاكم . وعلى هذا يميل 'الرأى' الغالب الى القول بأن الدعوى تقدر على أساس أكبر الطلبين قيمة بشرط أن يكون الطلبان فى مواجهة شخص واحد (٤٨) ، أما اذا وجه الطلب الأصلى الى شخص ، ووجه الطلب الاحتياطى الى شخص آخر ، اعتبرت الدعوى منطوية على تعدد فى الخصوم ، ومن ثم يطبق

(٤٥) انظر نقض ١٩٦٤/١/٩ من ١٥ ص ٥٣

(٤٦) انظر نقض ١٩٨٦/٥/٧ فى الطعن رقم ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق ،

١٩٨٠/٥/٢٦ ، من ٣١ ، ص ١٤٩٧ ، نقض ١٩٥٦/١٢/١٣ من ٧ ص ١٨٦ .

(٤٧) فئسان - بند ٢٧٩ من ٣٥٢ - ٣٥٣ ، موريل بند ٢٥٠ من ٢١٥ ،

فتحى والى - الوسيط - ص ٢٧٧ . ابراهيم سعد ص ٦١

(٤٨) أبو الوفا - بند ٣١٤ ، ص ٣٧٠ . فتحى والى - ٢٧٥ .

ابراهيم سعد ص ٤٦٢ . وانظر كيوفندا - الاشارة السابقة . أحمد السيد صاوى بند ٢٠٢ من ٢٠٦ .

بشأنها وحدة السبب أو تعدده (٤٩) . بينما يذهب البعض الآخر (٥٠) الى القول بأن العبرة هي بقيمة الطلب الأصلي دون الاحتياطي .

ويكون ائتعدد تخييريا اذا تعلقت الدعوى بحق تخييرى ، والخيار قد يكون لآى من طرفى الحق الذى يكون موضوعه عددا من الأموال تبرأ الذمة بالوفاء بأحدهما . فان نشأ خلاف فى هذا الشأن وكان الخيار للمدعى « صاحب الحق » فلا تثور مشكلة فى تقدير قيمة الدعوى اذ انها سوف تقدر بقيمة الشئ الذى يختاره المدعى . ولكن تثور المشكلة عندما يكون الخيار للمدعى عليه « المدين » وهذا هو الاصل ، فان المدعى يطلب المدعى عليه بالوفاء بأى من الأشياء التى تبرأ ذمته بالوفاء بأحدها ، وهنا لا مناص من تقدير قيمة الدعوى بأكبر الأشياء قيمة (٥١) .

ج - تعدد الدعاوى فى حالة الضم :

إذا حكم بضم دعويين أو أكثر أمام دائرة معينة نظرا لارتباط بينهم ، لتحكم فيها بحكم واحد ، وكذلك فى حالة دعوى الى أخرى ، لتحكم فيها محكمة واحدة بحكم واحد ، توفيراً للوقت والاجراءات ، فان الضم أو الاحالة لا يكون من شأنه أن يفقد كل دعوى استقلالها وذاتيتها وقيمتها كل منها ، وتظل كل دعوى مستقلة فى الأخرى فى قيمتها وكيانها . ويجب على المحكمة أن تبين فى حكمها ما قضت به فى كل دعوى منهما بشرط أن تختلف كل منهما عن الأخرى فى موضوعها وسببها (٥٢) .

(٤٩) ابراهيم سعد ص ٤٦٣ . وقارن نقض ١٩٦٨/٤/١ من ١٩ ص ٧٣٥ .

(٥٠) محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ بند ٣٤٣ من ٤٤٢ وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت المحكمة الجزئية لا تختص بالطلب الأصلي فانها لا تختص بالفصل فى الطلب الاحتياطي أو كانت قيمته تدخل فى نصابها (١٩٥٤/١/٧ من ٥ ص ٤٩٥) .

(٥١) انظر فتحى والى - الوسيط - من ٢٧٥ .

(٥٢) نقض ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعون أرقام ١٦١ ، ٦٤١٠ ، ٦٢٨ ، ٢١٧٤ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٦/٤/٢٤ فى الطعن ٢٣٧٦ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٧٩/٣/٢٩ ، من ٣٠ ، من ١٧٦ ، نقض ١٩٧٦/٥/١٤ ، من ٢٧ ، من ١١٠٥ .

الفرع الثالث

تعسده الخصوم

٢٢٩ - القاعدة :

قد ترفع الدعوى من مدعى واحد على أكثر من مدعى عليه ، أو من أكثر من مدعى على مدعى عليه واحد أو أكثر . وتطبق فى هذه الحالة بالنسبة لتقدير الدعوى القاعدة نفسها التى تحكم تعدد الطلبات . وفى هذا تنص المادة ٣٩ مرافعات على أنه « إذا كانت الدعوى مرفوعة من واحد أو أكثر على واحد أو أكثر بمقتضى سبب قانونى واحد كان التقدير باعتبار قيمة المدعى به دون التفات الى نصيب كل منهم فيه » . فالعبرة إذن بوحدة السبب القانونى أو تعدده ولو تماثلت الأسباب (٥٣) . يتضح أن الدعوى تقدر بقيمة المطلوب فى الدعوى ولو تعدد الخصوم فيها ما دام السبب القانونى واحدا (٥٤) ، وبنصيب كل خصم على حدة إذا تعددت الأسباب القانونية . فإذا رفع مؤجر دعواه على عدة مستأجرين له ، مطالبيا إياهم بدفع الأجرة ، فإن الأمر يتعلق بدعوى متعددة نظرا لتعدد السبب القانونى ، وهو عقود الايجار المبرمة بين المؤجر وكل مستأجر على حدة . أما إذا كان المستأجرون يرتبطون مع المؤجر بعقد ايجار واحد ، فإن الأمر هنا يتعلق بدعوى واحدة ، تقدر بكل ما يطالب به المؤجر مجموع المستأجرين . وكذلك إذا رفع دائن دعوى على ورثة مدينه ، يطالب كل منهم بنصيبه فى الدين ، فتقدر الدعوى هنا ، بمجموع الطلبات نظرا لوحدة السبب القانونى .

وإذا بدا الأمر بسيطا بالنسبة للالتزامات التعاقدية ، فإنه ليس كذلك بالنسبة لتلك الناشئة عن الفعل الضار ، وهل هذا الفعل باعتباره

(٥٣) فالدعوى التى يرفعها الشخص لتثبيت ملكيته للأرض . على مدعى عليهم كان كل منهم قد اغتصب جزءا منها ، فانها تندرج باعتبار كل طلب ،وجه الى كل مدعى عليه على حدة نظرا لاختلاف السبب القانونى ولو كان متماثلا فى الغصب (انظر نقض ١٩٦٦/٢/١٠ س ١٧ ص ٢٩٦) .

(٥٤) ولحكمه الموضوع تقدير وحدة السبب دون رقابة محكمة النقض ما دامت قد حصلت بناء على أسباب سائغة (نقض ١٩٨٦/٥/٧ فى الطعن ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٦/١١/١٢ طعن ١٤٨٩ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٠/٥/٢٦ س ٣١ ص ١٤٩٧) .

سببا قانونيا للطلب ، يتمثل فحسب فى مجرد الفعل أم يدخل معه الضرر ؟ والضرر قد يتفاوت من شخص الى آخر . وعلى ذلك فإذا أصيب شخصان نتيجة حادث ورفعوا دعوى على مرتكب هذا الحادث ، فهل تقدر الدعوى بقيمة ما يطلبه الخصمان معا ؟ نظرا لوحدة السبب القانونى وهو الفعل الضار ، أم تقدر بقيمة كل طلب على حدة ؟ نظرا لاختلاف الضرر (والفرض أن الضرر الذى أصيب به أحدهما يختلف عن الآخر) . وكذلك اذا حدث الفعل الضار من أكثر من شخص وكان المضرور واحدا ورفع دعوى عليهم جميعا (٥٥) . فهل تقدر الدعوى بقيمة المطلوب منهم جميعا أم بنصيب كل منهم على حدة ؟

يذهب الرأى المراجع (٥٦) الى القول بأن الدعوى تقدر فى هذه الحالات باعتبار قيمة المطلوب الحكم به من تعويضات وذلك نظرا لوحدة السبب القانونى للمنشئ للحق فى التعويض وهو الفعل الضار ، ولا يدخل عنصرا فى هذا السبب الضرر . وكانت محكمة النقض قد قضت قديما بأن الأساس القانونى للمطالبة بالتعويض (فى الحالات المتقدمة) لا يتمثل فى الفعل الضار فحسب ، بل فى الضرر أيضا الذى وقع على كل من المضرورين ، وهو يختلف ويتفاوت باختلاف الأشخاص (٥٧) . مما يؤدى الى أن الدعوى تقدر باعتبار قيمة كل طلب على حدة ، ولكننا لا نرى الا ما رآه الرأى المراجع .

(٥٥) انظر فتوى والى - الوسيط ص ٢٧٨ .

(٥٦) رمزى سيف - ص ٢٤٣ بند ٢٩٠ - ٢٩١ . أبو الوفا بند ٣١٧ ، ص ٣٧٦ . أحمد مسلم - بند ٢٠٩ ص ٢١٦ . محمد حامد فهمى بند ١٧٥ ص ١٨٢ . فتوى والى - الوسيط ص ٢٧٩ ، ابراهيم سعد ص ٤٦٥ ، وانظر نقض جنائى ١٩٥٢/٢/٢٧ مجموعة النقض (الجنائية) ص ٣ ص ٧٤٤ ونقض جنائى ١٩٥٦/١/١٦ - المجموعة ذاتها ، ص ٧ ص ٥٧ . (٥٧) نقض ١٩٤٦/٥/٢١ الحاماة ص ٢٧ ص ١٨٠ . كما نشر هذا الحكم بمجموعة محمود عمر ج ٧ ص ١٤٤ مطلقا عليه من الأستاذ محمد عبد الله ، وانظر من يؤيد هذه الوجهة من الفقهاء - عبد الباسط جبيعى مبادئ المراتعات ص ٥٨ . محمد السيد صاوى - الوجيز ص ٢٠٨ .

المطلب الثانى

كيفية تقدير قيمة الدعوى

الفصل الأول

أهمية التقدير

٢٣٠ - بعد أن فرغنا من الحديث عن القواعد الأساسية فى تقدير قيمة الدعوى ، وجب علينا أن نحدد القواعد الخاصة بكيفية هذا التقدير . ويجب الوصول الى هذه القيمة ، ليس فقط لتحديد المحكمة المختصة بالفصل فى الطلب ، وإنما لمعرفة مدى قابلية الحكم الصادر فيه للاستئناف ، إذ أن الحكم يكون انتهائيا لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف - كقاعدة - 'ن كان صادرا من المحكمة الجزئية ، فى دعوى تقل قيمتها عن خمسين جنيهًا ، أو صادرا من المحكمة الابتدائية فى دعوى تقل قيمتها عن خمسمائة جنيه . كما أن التقدير يفيدنا أخيرا فى معرفة الرسوم القضائية المستحقة عن الدعوى ، إذ أن هذه الرسوم تقدر على أساس نسبة معينة من قيمة الدعوى .

وإذا كان موضوع الدعوى مبلغا نقديا ، فتقدر قيمتها بالمبلغ المطلوب . أما إذا كان محلها طلبا آخر غير النقود . فإن المشرع المصرى يضع قواعد معينة يتم على أساسها تحديد القيمة . إذ لا يجب ترك الأمر لتقدير المدعى ولا لتقدير المحاكم . وقد وردت هذه القواعد فى المادة ٣٧ من قانون المرافعات ، وهى قواعد يجب احترامها ، بصرف النظر عن القيمة الحقيقية لموضوع الدعوى ، أو تقدير الخصوم لها (٥٨) ، ودون نظر للقواعد التى يوردها القانون لتحديد قيمة الدعوى بالنسبة للرسوم القضائية (٥٩) .

(٥٨) أنظر نقض ١٩٨٣/٢/٢٣ س ٣٤ - ١٢٠ ، ص ٥٤٤ ،
١٩٨١/١/١ س ٣٢ - ٩٧٠ ، نقض ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٣٩٤ ،
٢٢ مارس سنة ١٩٧٨ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٥٥ قضائية .
(٥٩) نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ ، س ١٨ ، ص ١٥٢١ .

الفرع الثانى

ومسائل التقدير

٢٣١ - حدد المشرع عدد من الوسائل التى يلزم استخدامها عند تقدير قيمة الدعوى كمحدد للاختصاص ، وفيما يلى نعرض لتلك الوسائل الفنية التى أوردتها النصوص فى هذا الشأن :

١ - الدعاوى العقارية :

تقدر دعاوى الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بعقار بقيمة هذا العقار (٦٠) . وتكون قيمة العقار هى ١٨٠ مثل الضريبة الأصلية المربوطة عليه ، ان كان من المبانى ، ومبعون مثلا ان كان من الاراضى . أما اذا لم يكن قد ربط على العقار ضريبة بعد ، تولت المحكمة تقدير قيمته (م ١/٣٧) ، وللمحكمة أن تستعين فى ذلك بما يقدمه الخصوم من مستندات أو بتقدير الخبراء أو بثمن المثل (٦١) . وتقدر على النحو السابق جميع الدعاوى المتعلقة بالملكية العقارية حتى ولو لم تكن من الدعاوى العينية العقارية مثل دعوى الشفعة وغيرها من الدعاوى التى تتصل بالملكية ، وكذلك جميع المنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار (٢/٣٧) ، فى حالة ما اذا ورد التنفيذ على حق الملكية ، اذا ورد على حق آخر فتقدر القيمة على أساس هذا الحق (٦٢) . وتقدر الدعاوى المتعلقة بالملكية على النحو السالف ،

(٦٠) دون الضرائب الاضافية والرسوم البلدية وغيرها . كما يقصد بالأراضى ، الاراضى الزراعية والاراضى الفضاء المستقلة التى تربط احيانا عليها ضريبة (راجع المذكرة الايضاحية للقانون ١٣ لسنة ١٩٦٨) ، نقض ١٩٨٧/٣/١٩ ، طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٥٤ ق ، نقض ١٩٨٥/٦/١٣ فى الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٥٢ ق ، وتقدر قيمة العقار بسبعين مثل الضريبة الأصلية المربوطة عليه ان كان من الاراضى ، ولا عبءة بالثمن الوارد بالعقد المحمول عليه طلب تثبيت ملكيته (نقض ١٩٧٨/٢/٢٢ من ٢٩ ، ص ٥٥٢) . (٦١) انظر نقض ١٩٥٦/١١/١٥ من ٧ من ٨٨٩ . فتضى والى - الوسيط - من ٢٨٠ .

(٦٢) انظر فتضى والى - من ٢٨١ هامش (١) ابراهيم سعد من ٤٦٦

سواء كانت بثبوت الملكية أو نفيها (٦٣) . كما تقدر دعاوى الحيازة بقيمة الحق الذي ترد عليه الحيازة (م ٤/٣٧) . بالرغم من أن هذه الدعاوى لا تتصل بالحق الذي ترد عليه ، ولكنها تدور حول المكتات التي يخولها هذا الحق ، فضلا عن أن الحيازة سبب للملكية ودليل عليها .

أما دعاوى الحكر ، فإن كانت يطلب تقدير قيمة معينة له ، أو زيادة قيمته ، فتقدر الدعوى بعشرين مثل القيمة السنوية في الحالة الأولى ، وعشرين مثل الزيادة المطلوبة في الحالة الثانية (م ٣/٣٧) (٦٤) .

وإذا كان المطلوب في الدعوى تقرير حق انتفاع أو نفيه ، أو ملكية الرقبة أو نفيها ، فتقدر الدعوى باعتبار نصف قيمة العقار . أما أن تعلقت الدعوى بحق ارتفاق أو نفيه ، قدرت الدعوى باعتبار ربع قيمة العقار المقرر عليه هذا الحق (٦٥) .

٢ - **الدعاوى المنقولة** : إذا كان موضوع الدعوى منقولاً من المنقولات ، فتقدر الدعوى بقيمته على أساس سعره في الأسواق العامة إن كان من المحاصيل (م ٦/٣٧) . أما إذا لم يكن من المحاصيل فلم يرد في القانون نص على قاعدة لتقديره ، الأمر الذي أدى إلى الخلاف الفقهي في ذلك . فذهب البعض (٦٦) إلى أن الدعوى تقدر بما يقدره المدعى في دعواه ، على أساس أنه ملتزم ببيان القيمة وفقاً لقوانين الرسوم ، أو على أساس أن المشرع يترك للمدعى الحرية في تقدير دعواه

- (٦٣) انظر نقض ١٩٦٣/١١/٢٨ من ٦٤ هـ ١١٢٤ .
 (٦٤) انظر المائتين ١٠٠٤/٢ ، ١٠٠٥ من القانون المدني ، ونقض ٢ يناير سنة ١٩٦٤ من ١٥ هـ ٢٣ .
 (٦٥) وليس ربيع قيمة الجزء الذي يشغله حق الارتفاق كما ذهب إلى ذلك بعض الأحكام مثل الزنازيق الابتدائية ١٩٥٩/١٠/٢٧ المحاماة من ١٠ هـ ٣٣٤ . انظر محمد وعبد الوهاب العشماوي بند ٣٥٦ من ٤٦٥ .
 محمد كمال عبد العزيز من ١٤٨ هـ ، نقض ١٩٥٩/١/٢٢ من ١٠ هـ ، من ٨٤ هـ .
 (٦٦) محمد وعبد الوهاب العشماوي بند ٣٥٩ من ٤٦٧ وهامش (١٢) .
 عبد النعم الشرفاوي من ٢٥٩ - ٢٦٠ بند ١٦٦ . محمد كمال هبة ، العزيز من ١٤٩ - ١٥٠

تفاديا لتقدير القاضى . بينما ذهب رأى آخر (٦٧) الى القول بأن هذه الدعاوى تعد من قبيل الدعاوى غير المقدرة وبالتالي تعتبر زائدة على (٥٠٠) جنيه تطبيقا للمادة ٤١ من قانون المرافعات . ولكننا نذهب مع الرأى الراجح (٦٨) الى أن هذه المنقولات يترك تقديرها للمحكمة ، قياسا على العقارات التى لم يربط بشأنها ضريبة ، وللمحكمة ان تستعين فى تقديرها بتقدير الخصوم أو مستنداتهم أو على أساس أسعارها فى السوق (٦٩) أو غير ذلك . حتى لا يستأثر المدعى بتقدير الدعوى متحايلا على قواعد الاختصاص ، فضلا عن عدم ارهاق المحاكم الابتدائية بدعاوى منقولة متعلقة بمنقولات ليست بمحاصيل ، قد تكون قيمتها الحقيقية أقل كثيرا من نصاب هذه المحكمة ، الأمر الذى يدخلها حتى فى النصاب الانتهاى للقاضى الجزئى ، ومن الأفضل ترك تحديد قيمة الدعوى فى مثل هذه الحالات للمحكمة المرفوع أمامها الدعوى ، والتى تستعين فى ذلك بأهل الخبرة وبالمستندات المقدمة فى الدعوى .

هذا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بملكية المنقولات ثبوتا أو نفيسا . أما بالنسبة للملكية الرقبة أو حق الانتفاع بشأنها ، فلم يرد نص بتقديرها ، وبالتالي فإنها تقدر باعتبار نصف قيمة المنقول المادى كما فعل المشرع بالنسبة للعقارات (٧٠) .

٣ - دعاوى الحجز والتأمينات العينية :

إذا كانت الدعوى بين الدائن الحاجز والمدين ، بشأن صحة حجز منقول أو بطلانه ، أو بين دائن ومدينه بشأن تأمين عيني (رهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو امتياز) فتقدر بقيمة الدين المحجوز من أجله

(٦٧) فتحى والى . قانون القضاء المدنى ٤٧٧ - والوسيط ص ٢٨١ -

• ٢٨٢

(٦٨) رمزى سيف - ص ٢٦٩ • محمد حامد فهمى ص ١٦٩ - ١٧٠

بند ١٦٠ • أحمد أبو الوفا بند ٣٢١ ، ابراهيم نجيب ص ٤٦٧ - ٤٦٨ • وجدى راغب - مبادئ ص ٢٤٢ •

(٦٩) ويلاحظ أن هناك من يطبق القاعدة الخاصة بالمحاصيل على جميع

المنقولات • انظر عبد الباسط جيمعى - مبادئ ص ٥٣ •

(٧٠) انظر أحمد مسلم - أصول ص ٢١٠ بند ٢٠١

أو الدين المضمون بالتأمين العيني (م ٩/٣٧) ، ولا شأن لقيمة المال المحجوز ذاته أو محل التأمين العيني فى تقدير الدعوى . أما اذا كانت اندعوى مرفوعة من الغير باستحقاق المال محل الحجز أو التأمين العيني كان التقدير باعتبار قيمة هذا المال ، منقولا كان أو عقارا (٧١) . مع ملاحظة أن أهمية تقدير دعاوى الحجز تقتصر على قابلية الحكم الصادر فيها بالاستئناف ، اعتبارا بان هذه الدعاوى قد أصبحت تدخل فى اختصاص قاضى التنفيذ بصرف النظر عن قيمتها فيما عدا دعوى صحة الحجز فى الحجز التحفظية .

٤ - دعاوى الايراد المرتب :

تقدر الدعاوى المتعلقة بالايراد المرتب بقيمة المطلوب فيها ، وهو دائما مبلغ من النقود . ولكن اذا كانت المنازعة متعلقة بسند ترتيب الايراد ، فتقدر الدعوى على أساس مرتب عشرين سنة ان كان الايراد مؤبدا ، وعشر سنين ان كان لدى الحياة (٥/٣٧) ، ويكون الايراد مؤبدا اذا كان لا ينتهى ب وفاة أحد ، ومن ثم ينتقل الايراد الى وريثة المستحق بعد وفاته . ويكون لدى الحياة اذا كان مرتبا دوريا لشخص طوال حياته أو حياة شخص آخر (٧٢) . أما اذا كانت المنازعة متعلقة بسند ترتيب ايراد لمدة معينة قدرت الدعوى بقيمة الايراد فى المدة كلها تطبقا لحكم المادة (٨/٣٧) مرافعات الخاصة بالعقود المستمرة (٧٣) .

(٧١) انظر فتحى والى - الوسيط ص ٢٨٤ . احمد مسلم بند ٢٠٢

(٧٢) انظر فى احكام الايراد المرتب المؤبد أو لدى الحياة المواد

٥٤٥ ، ٧٤١ ، ٧٤٦ من القانون المدنى .

(٧٣) فتحى والى - ص ٢٨٢ هامش (٥) . وراجع محمد وعبد الوهاب

المعشايى ص ٤٦٦ بند ٣٥٨ وهامش (٣) ورمزى سيف بند ٢٦٤ على حين ذهب رأى الى القول بان الدعوى تقدر طبقا لقانون الرسوم القضائية المادة

١٢/٧٥ (احمد عثمان حمزاوى فى تعليقات على قانون المرافعات ص ٨٠) .

مشار اليه فى محمد المعشايى ص ٤٦٦ . وذهب رأى آخر الى تقديرها طبقا

للقواعد العامة بشرط ألا تزيد على قيمة دعوى الايراد المؤبد - مدونة الفقه والقضاء فى المرافعات للأساتذة أبو الوفا - نصر كامل - ومحمد عبد العزيز

يوسف . ج ٢ بند ١١١٤ ص ٦٩٠

٥ - دعاوى العقود :

تقدر الدعاوى المتعلقة بصحة العقود أو بطلانها ، أو فسخها بقيمة الشيء محل العقد ، سواء كان من العقارات أو المنقولات (٧/٣٧) .
أما إذا تعلقت المنازعة بعقد من عقود البذل فتقدر الدعوى بالكبير البذلين . وعند تقدير قيمة الشيء محل العقد تجب مراعاة القواعد المتعلقة بتقدير العقارات أو المنقولات (٧٤) .

ما تقدم كان بالنسبة للعقود الفورية كالبيع والمقايضة وغيرها .
كما أنها نفسها القاعدة بالنسبة للعقود المستمرة كالإيجار والعمل فتقدر دعاوى صحة أو بطلان فسخ هذه العقود باعتبار محل العقد ، وهو المقابل النقدي لمدة العقد كلها . أما إذا كان العقد قد نفذ في جزء منه ورفعت الدعوى بفسخه ، فإنها تقدر في هذه الحالة باعتبار المقابل النقدي عن المدة المتبقية بالعقد (٧٥) . أما إذا تعلقت الدعوى بامتداد العقد كان التقدير باعتبار المقابل النقدي للمدة التي قام النزاع على امتداد العقد إليها (م ٨/٣٧) (٧٦) .

وما تقدم من أحكام كان بالنسبة للعقود المستمرة المحددة المدة .
إلا أن هناك عقود مستمرة غير محددة المدة ، لأنها تجدد ضمناً أو بقوة القانون ، مثل عقود إيجار الأماكن وإيجار الأراضي الزراعية . فكيف تقدر هذه الدعاوى ؟ ذهب رأى إلى القول بأن المقابل للنقدي لمدة العقد أو للمدة المتبقية منه يكون غير محدد ، ومن ثم تعتبر الدعوى بصحة

(٧٤) قدعوى صحة ونفاذ عقد بيع أراضى زراعية والطلب العارضى بصورية هذا العقد ، تقدير كل منها بسبعين مثل الضريبة الأصلية ، نقض ١٩٨٧/٣/١٩ ، طعن ٦٢٠ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٥/٦/١٣ ، فى الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٨/٢/٢٢ ، س ١٩ ، ص ٥٥٢ . نقض ١٩٧٦/٦/٢٨ ، س ٢٧ ، ص ١٤٣٥ .

(٧٥) تطبيقاً لذلك . تقدر دعوى تخفيض الأجرة لنقص فى المنفعة ، أن أنها دعوى فسخ جزئى للعقد ، بالمقابل النقدي عن المدة الباقية (نقض ١٩٧٤/٥/٢٠ ، س ٢٥ ، ص ١٩١٧ .

(٧٦) نقض ١٩٥٤/١/١٧ س ٥ ص ٣٩٥ ، ١٩٥٥/٦/٣٠ س ٦ ص ١٣٢٨ .

نعقد أو إبطاله أو فسخه (٧٧) أو امتداده دعوى غير قابلة للتقدير ، وكذلك دعوى تحديد الأجرة القانونية للعين المؤجرة (٧٨) ، ومن ثم تعتبر قيمتها زائدة على خمسمائة جنيه ، الأمر الذى يدخل هذه المنازعات فى اختصاص المحكمة الابتدائية . وهذا هو الرأى الراجح فى نظرنا (٧٩) .

٦ - دعاوى صحة التوقيع ودعاوى التزوير الأصلية :

إذا رفعت دعوى بصحة التوقيع أو دعوى تزوير أصلية ، قدرت الدعوى بقيمة الحق الثابت فى الورقة المطلوب الحكم بصحة التوقيع عليها أو بتزويرها (١٠/٣٧) وذلك على أساس ان الدعوى وإن كانت بصحة التوقيع أو التزوير إلا أنها تتعلق بالحق الثابت فى الورقة المدعى بتزويرها أو بصحة التوقيع عليها (٨٠) وهذه العلة تصلح أيضا بالنسبة لدعوى صحة التوقيع الفرعية أو دعوى التزوير الفرعية وتقديرها بقيمة

(٧٧) فتحى والى - الوسيط - ص ٢٨٣ - ٢٨٤ ، أنظر نقض ١٩٧٥/٥/٢٩ ص ٢٦ ، ١١٢٩ ، ١٩٧١/٣/٢٧ ص ٢٤ ، ٤٩٢ ، ١٩٧٦/٣/١٧ ص ٢٧ - ١٣٥ ص ٦٧٦ ، ١٩٧٦/٥/١٢ ص ٢٧ - ٢٠٧ ص ١٠٨٧ ، ١٩٧٦/١١/١٠ ، ص ٢٧ ، ص ١٥٦٣ ، ١٩٧٦/٦/٢٣ ص ٢٧ ، ص ١٤٠٥ ، ١٩٧٧/٢/١٣ الطعن ٣٦٦ لسنة ٤٣ قضائية . ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن ٣٤٨ لسنة ٤٣ قضائية .

(٧٨) نقض ١٩٧٨/١١/٨ طعن ٣٧٥ ، لسنة ٤١ ق ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٩ طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٤١ ق ، نقض ١٩٧٣/٦/٢١ ص ٢٤ ص ٩٥٣ ، ١٩٧٣/٣/٢٧ ص ٢٤ ص ٤٩٠ .

(٧٩) وكان هناك رأى قد ذهب الى القول بوجود تطبيق أحكام القانون المدنى فى هذا الشأن ، حيث أن المادة ٥٦٣ من القانون المدنى تنص باعتبار الايجار منعقد للفترة المعينة لدفع الأجرة ، وذلك إذا كان منعقدا بين الاتفاق على مدة ، أو منعقدا لمدة غير معينة ، أو تعذر اثبات المدة المدعاة . فبىرى هذا الحكم على عقود ايجار الأماكن والأراضى الزراعية التى تمتد بقوة القانون (راجع المادة ٥٩٩ مدنى) . (أنظر إبراهيم سعد - ص ٤٦٩ هامش «١») . (٨٠) أنظر فتحى والى - قانون القضاء ص ٤٨٠ - الوسيط ص ٢٨٤ . أحمد أبو الوفا بند ٣٢٦ ، رمزى سيف ص ٢٧٤ .

الحق الثابت فى الورقة (٨١) . فير أن محكمة النقض قد ذهبت الى أن دعوى التزوير الفرعية تقدر على اساس قيمة الدعوى الأصلية ، فان كانت قيمتها تقل عن الحد الأقصى للقاضى الجزئى النهائى فان دعوى التزوير تتبعها فى تقدير قيمتها ولا يجوز استئناف الحكم الصادر فيها من القاضى الجزئى (٨٢) .

٧ - الدعاوى غير القابلة للتقدير :

إذا كانت الدعوى بطلب غير قابلة للتقدير بحسب القواعد المتقدمة اعتبرت قيمتها زائدة على خمسمائة جنيه . وبالتالي تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية ، ويكون الحكم الصادر فيها قابلاً للاستئناف ، نظراً لزيادة قيمة الدعوى على النصاب الانتهاي لهذه المحكمة .

ويعتبر الطلب غير قابل للتقدير إذا :

- لم يكن قد ورد بشأن تقديره قاعدة من القواعد المنصوص عليها فى المواد ٣٧ وما بعدها (٨٣) ، وان أمكن تقديره مثل دعوى الامتناع عن عمل أو طلب التسليم أو شطب الرهن .

(٨١) أحمد أبو الوفا - المرافعات بند ٣١٢ . ومقال له بشأن دعوى التزوير الفرعية منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة السابعة العدد الاول ص ١ وما بعدها . وانظر فتحي والى . الوسيط ص ٢٨٤ .

(٨٢) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ ، س ٢٦ ، ص ١٦٧٣ ، نقض ١٩٥٦/٦/٢١ السنة ٧ ص ٧٤٢ . وانظر نقض ١٦ يونيو سنة ١٩٥٥ السنة السادسة ص ١٢٦٢ . وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالانكار كدعوى التزوير الفرعية دفاع موضوعى وبالتالي يدخل فى تقدير قيمة الدعوى الأصلية أيأ كانت قيمتها وأيأ كانت قيمة الحق المثبت فى الورقة المطعون عليها بالانكار (نقض ١٩٨٢/٢/١٧ - س ٣٤ - ١٠٧ - ٤٨٦) .

وانظر محمد كمال عبد العزيز ص ١٥٠ - ١٥١ . وهناك من يعتبر دعوى التزوير الفرعية دعوى غير مقدرة القيمة وبالتالي زائدة على نصاب القاضى الجزئى (محمد عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ١٩٧٩ ص ١٦٧) .

(٨٣) انظر نقض ١٩٦٠/١٢/١ من ١١ ص ٦٠٣ ، ١٩٦٣/٢/١٤ من ١٤ ص ٢٥٨ ، ١٩٦٧/١٢/١٢ من ١٨ ص ١٨٥٦ . وانظر نقض ١٩٦٦/٦/١٦ من ١٧ ص ١٤١٥ . انظر فتحي والى - الاشارة السابقة -

أبو الوفا ص ٣٥٦ بند ٣٢٧ .

- كأن يرد على حق لا يقبل بطبيعته للتقدير ، وتقويمه بالنقود مثل
الدعاوى المتعلقة بالحالة المدنية للشخص ، ودعاوى الزوجية والنسب
الجنسية (٨٤) .

ويمتثنى من الأحكام المتقدمة الدعاوى التى ينص المشرع على
ادخالها فى اختصاص المحاكم الجزئية بصرف النظر عن قيمتها ، أى حتى
ولو كانت غير قابلة للتقدير .

(٨١) فتضى والى - الاشارة السابقة . ومن تطبيقات القضاء ، طلب
تحديد أجر العامل ببلغ معين يعتبر طلب غير مقدر القيمة (نقض
١٩٧٥/٥/١٠) وطلب اعادة فصل العامل المفضول بسبب نشاطه النقابى
يعد هو الآخر طلب غير مقدر القيمة نقض ١٩٦٥/٢/٢٤ س ١٦ ص ٢٠٨ .
وكذلك طلب التسليم (١٩٦٣/٢/١٤) س ١٤ ص ٢٥٨ . وطلب تقديم
حساب عن ريع منزل ١٩٦٦/٦/١٦ س ١٧ ص ١٤١٥ . بالاضافة دعاوى
تقدير القيمة الايجارية (انظر نقض ١٩٧٦/١١/١٠) س ٧ ، ٢١٣
ص ١٥٦٣ - وراجع كذلك نقض ١٩٧٦/٤/٢١ س ٢٧ - ١٨٨ - ص ١٨٨ .
١٩٧٦/٢/١٧ س ٢٧ - ١٣٥ ص ٦٧٦ . ١٩٧٦/٥/١٢ س ٢٧ -
٢٠٧ ص ١٠٨٧ - ١٩٧٦/٦/٢٣ س ٢٧ - ٢٦٧ ص ١٤٠٥

المبحث الثانى

الاختصاص النوعى

٢٣٢ - تعريفه :

يقصد بالاختصاص النوعى Competence en raison de la matière بانه الذى يتخذ من طبيعة الدعوى أساسا لتوزيع ولاية القضاء لمدنى على محاكمه المختلفة بغض النظر عن قيمتها الاقتصادية . ويعمل بهذا المعيار بالنسبة لمحاكم الدرجة الاولى ، كما يعمل به أيضا فى قضاء الدرجة الثانية ، كما يأخذ به فى تحديد ما يدخل فى اختصاص التثـكيلات القضائية المتخصصة داخل جهة قضاء المدنى (٨٥) .

وقد عرف هذا النوع من الاختصاص بالفعل فى القضاء الاسلامى ، فقد اتفق الفقهاء على جواز تخصيص القضاة بالزمان والمكان والنوع ، حيث يجوز لولى الأمر أن يخصص القاضى بنظر منازعات معينة كان يقول . « جعلت اليك الحكم فى المدانيات خاصة أو فى قدر من المال ، أو أن يولى قاضيا الحكم فى الأنكحة وآخر فى المدانيات » (٨٦) .

ونقتصر فى هذا المقام على عرض الاختصاص النوعى لقضاء الدرجة الاولى ، فى النظام المصرى .

- (٨٥) أوجوروكو - المقالة المشار إليها بند ١٢ من ٧٥٥ ، كوستا - الموجز ، بند ١٠٠ ، فتحى والى - الوسيط بند ١٥٧ من ٢٨٧ .
- (٨٦) الماوردى : الأحكام ، ص ٧٣ ، ابن قدامة - المقنع ج ٤ ، ص ٢٤٦ .
الزيتونى : كشف الغناع ، ج ٦ ، ص ٢٩١ . محمود هاشم ، القضاء ونظام الإثبات ، ص ١٠٢ ، النظام القضائى الإسلامى ، ص ٢٥٦ - ٢٥٧ .

المطلب الأول

الاختصاص النوعي للمحاكم الجزئية

٢٣٣ - تمهيد :

رأينا أن المحاكم الجزئية لا تختص إلا بالمسائل التي ينص عليها المشرع ، لأنها محكمة ذات اختصاص محدود ، فهي تختص بالحكم في الدعاوى المدنية والتجارية (٨٧) التي لا تتجاوز قيمتها عن خمسمائة جنيه . كما أنها تختص نوعيا بالفصل في المسائل التي ينص المشرع على اختصاصها بهذه المسائل ، بغض النظر عن قيمتها ، حتى ولو تجاوزت في قيمتها خمسمائة جنيه . وحكمة ذلك أن المشرع رأى في شيوع هذه المسائل في العمل ، وعدم اثارها لمشاكل قانونية نظرا لظهور وجه الحق فيها ، ما يستوجب أن يكون الفصل فيها لمحاكم تكون قريبة من الخصوم ، كما أن الوصول الى الحكم فيها لا يتطلب عقد الاختصاص بها للمحكمة الابتدائية المشكلة من قضاة متعددين .

ونستعرض فيما يلي هذه المسائل التي تدخل نوعيا في اختصاص المحكمة الجزئية .

الفرع الأول

الدعاوى الروتينية

٢٣٤ - تختص المحكمة الجزئية بنظر عدة مسائل بغض النظر عن قيمتها ، يطلق عليها الدعاوى الروتينية (٨٨) ، وهي عادة دعاوى لا تحتاج للفصل فيها لخبرة قانونية كبيرة ، لأنها تتمخض عن مجموعة من الاجراءات ، يقتصر دور القاضى فيها على المراقبة وتحريك تلك

(٨٧) أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية فتتولى المواد ١٧٢ وما بعدها من قانون المرافعات الملغى التي استبقاها القانون الجديد . انظر في تفاصيل هذا الاختصاص أحمد . مسلم - أصول ص ٢٧٧ وما بعدها .
(٨٨) عبد الباسط جنيى - مبادئ ص ٢٤

الاجراءات الأمر الذى يستطيع القيام بها قاض واحد دون كبير عناء .
وتتمثل هذه الدعاوى فى :

١ - دعوى تعيين الحدود :

وهى الدعوى المرفوعة بطلب تعيين الحد الفاصل وتحديد على الطبيعة بين عقارين متجاورين أو أكثر . ويقتصر الفصل فى هذه الدعوى على مجرد مطابقة مستندات الملك على الطبيعة وقياس مساحة العقارات الثابتة بهذه المستندات ، ثم وضع علامات ظاهرة وثابتة لتحديد الحدود الفاصلة بين هذه العقارات ، وغالبا ما يندب القاضى لهذه المهمة أحد الخبراء . وتختص المحكمة الجزئية بالفصل فى هذه الدعوى أيا كانت قيمتها بشرط عدم وجود نزاع حول الملكية أو مقسداها (م ٢/٤٣ مرافعات) . فاذا أثير نزاع بشأن الملكية فان على المحكمة الجزئية وقف دعوى فصل الحدود ، الى حين الفصل فى دعوى الملك - اذا كانت تخرج عن اختصاصها قيميا - من المحكمة الابتدائية المختصة .

٢ - دعوى تقدير المسافات :

وهى الدعوى التى يطلب فيها المدعى من المحكمة تقدير المسافة التى يجب تركها عن ملك الجار ، اذا ما أراد اقامة مبان أو منشآت ضارة أو فتح مطل ، وما الى ذلك ، فاذا ما اختلف الجاران على تقدير هذه المسافة الواجب تركها ، فيجب رفع الأمر الى المحكمة الجزئية لتقديرها ، مستعينة فى ذلك بقوانين المباني ، أو القانون المدنى أو اللوائح الادارية الخاصة بفتح المحلات الخطرة أو المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة ، أو بقواعد العرف أو نصوص الاتفاق المبرم بين الجارين ، فتفصل المحكمة الجزئية فى هذه الدعوى أيا كانت قيمة العقارات المتنازع بشأنها وذلك اذا لم يكن هناك نزاع بشأن الملكية ، فان أثير مثل هذا النزاع فتفصل فيه المحكمة المختصة وفقا لقواعد الاختصاص القيمى .

٣ - دعوى قسمة المال الشائع :

تختص محكمة المواد الجزئية بدعاوى قسمة المال الشائع (٣/٤٣) .
أيا كانت قيمة هذا المال ، وسواء أكان من العقارات أو من المنقولات ، أو

كان خليطاً منهما ، بشرط ألا يكون هناك نزاع بين الخصوم (الشركاء على الشيوع) على ملكية هذه الأموال أو حول نصيب أى منهم . وتقتصر مهمة المحكمة فى هذه الدعوى على مجرد تجنب الانصبه أو فرزها أو تقويمها بالنقود ، اذ لم يكن ممكناً قسمة المال دون اضرار به . وان كان هناك نزاع بين الخصوم بشأن الملكية أو حول مقدار نصيب كل منهم أو بعضهم ، فلا تفصل المحكمة بداهة فى القسمة قبل الفصل الملكية ، ولن تستطيع ذلك الا اذا كانت مختصة قيمياً بالفصل فى الملكية ، أما اذا لم تكن مختصة بها فعليها وقف الفصل فى دعوى القسمة الى حين الفصل فى النزاع من المحكمة الابتدائية المختصة (انظر المادة ٣/٨٣٨ من القانون المدنى) (٨٩) .

والحكم الصادر فى دعوى تعيين الحدود أو تقدير المسافات أو قسمة المال الشائع ، يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف أو ليس قابلاً له بحسب القواعد العامة .

الفرع الثانى

دعوى الرى والصرف

٢٣٥ - تختص محكمة المواد الجزئية بالفصل فى الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بمياه الرى وتطهير الترع والمساقى والمصارف (م ١/٤٣) . ويقصد بتلك الدعاوى تلك التى يكون موضوعها حق ارتفاق - كحق الشرب وحق المجرى ، تقريره أو نفيه ، حيازته أو التعويض ، بسبب الاعتداء عليه (٩٠) وعلة اختصاص القاضى الجزئى بهذه الدعاوى هو شيوعها فى العمل بين أصحاب العقارات الزراعية ، الأمر الذى يستتبع بالضرورة أن تكون من اختصاص محكمة قريبة من موقع النزاع .

(٨٩) انظر نقض ١٩٧٦/٦/١٥ س ٢٧ ص ١٣٥٨ ، نقض ١٩٦٢/١/٢٥

س ١٣ ص ١٠٢ .

(٩٠) انظر فتحى والى - الوسيط ص ٢٨٧ ، بند ١٥٩

مع ملاحظة أن قانون الري والصرف الجديد رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ يخول مفتش الري إصدار قرارات بشأن انتفاع ملاك الأراضي التي تنتفع بمسقة واحدة مملوكة لهم ، على أن يكون التظلم من تلك القرارات من اختصاص مدير عام الري الذي يفصل فيها بقرار نهائي ، كما يختص هذا المدير بالفصل في كل نزاع ينشأ عن كيفية استعمال حق الانتفاع المذكور (م ١٨) كما يختص مدير عام الري بإصدار قرارات وقتية بشأن تمكين الشاكي من الانتفاع بالمسقى الخاصة أو المصرف الخاص (م ٢٣) ، كما يختص مدير عام الري بإصدار قرارات - بعد إجراء التحقيق - بإنشاء مسقة خاصة أو مصرف خاص في أرض الغير ، بناء على طلب صاحب الأرض الذي تقدر عليه رى أرضه أو صرفها على وجه كاف إلا بإنشاء المسقة أو المصرف (م ٢٤) ، كما يختص مدير عام الري بإصدار قرارات بسد أو إلغاء المسقة أو المصرف إذا تبين عدم فائدها ، وكذلك باتخاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر المتسبب عن المسقة أو المصرف (م ٢٨) ويكون التظلم من هذه القرارات عدا الصادرة وفقا للمادتين ١٨ ، ٢٣ ، الى وزير الري خلال ١٥ يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بها (م ٢٩) ، كما يخول لجنة قضائية (١١) بالفصل في منازعات التعويض المنصوص عليها في القانون . فما تأثير ذلك على اختصاص المحكمة الجزئية بنظر منازعات الري والصرف ؟ اختلف الفقهاء في الاجابة على هذا التساؤل لاختلافا كبيرا قبل صدور قانون الري والصرف الحالي (٩٢) . اذ أن قانون الري الأسبق رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ قد أسند الى جهة الادارة سلطة الفصل في بعض منازعات الري والصرف ، ثم صدر

(٩١) مشكلة في كل محافظة برئاسة قاض ينوبه رئيس المحكمة الابتدائية بها وعضوية وكيل الادارة العلية للري ووكيل مفتش المساحة ووكيل مديرية الزراعة بالمحافظة او من يقوم مقامهم ، وممثل من المحافظة يختاره المحافظ المختص . وتختص بالفصل في منازعات التعويضات المنصوص عليها في قانون الري والصرف . ويكون قرارها قابلا للطعن فيه امام المحكمة الابتدائية المختصة (م ١٠٢) .

(٩٢) انظر في تفاصيل هذا الخلاف - عبد الباسط جيمعي - نظرية الاختصاص ص ٢٤ - ٢٨ فحصى والى ص ٨٨ هامش (٣) قانون القضاء المدني . محمد حامد فهمي بند ١٣٢ .

تأتون المرافعات الحالى رقم ١٣/١٩٦٨ ، مقرر اختصاص المحكمة الجزئية بنظر هذه المنازعات ، على النحو الذى كان مقرر فى قانون المرافعات السابق ، والقانون المدنى الاهلى . فهل تعتبر نصوص قانون الرى والصرف منسوخة فيما تخالف نصوص قانون المرافعات باعتبار 'التخير لاحقا على الاول ، وبعبارة أخرى هل تعتبر جهة الادارة جهة اختصاص منفرد بنظر المنازعات التى يعطيها لها قانون الرى والصرف ، أم ليست كذلك ؟ أم أن الاختصاص قد أصبح مشتركا بينها وبين المحاكم الجزئية .

فمن قائل بأن القضاء وحده يختص بنظر جميع منازعات الرى والصرف ، ولم يعد لجهة الادارة أى اختصاص فى هذا الشأن ، اذ تعتبر نصوص قانون الرى والصرف منسوخة بنصوص قانون المرافعات اللاحق عليه (٩٣) . ويرد على هذا القول ، بأن قانون المرافعات لم ينسخ نصوص قانون الرى والصرف ، بشأن اختصاص جهة الادارة ببعض المنازعات ، نظرا لأن قانون الرى يعتبر نصا خاصا ، وبالتالي يقيد النص العام (قانون المرافعات) ولو كان العام لاحقا على الخاص . وبذلك يكون الاختصاص بنظر منازعات الرى والصرف مشتركا بين الادارة والمحاكم (٩٤) .

الا أن هذا الخلاف لم يعد له محل بعد صدور قانون الرى والصرف الجديد ، لأنه أولا لاحقا على قانون المرافعات ، وان نصوصه فى هذا الشأن تعد نصوصا خاصة ، ولذلك فهم تفيد نصوص قانون المرافعات . ويترب على ذلك أن الادارة لها ولاية الفصل فى المسائل التى يدخلها المشرع فى قانون الرى والصرف فى اختصاصها . وولاية جهة الرى فى هذا الخصوص تعتبر ولاية قاصرة عليها ، وتتبقى بالتالى ولاية المحاكم الجزئية بنظر هذه المسائل ، ويتعين عليها ان رفع اليها

(٩٣) عبد المنعم الشرقاوى - شرح ص ٢٣٧ .

(٩٤) ابراهيم سعد ص ٤٢٩ - وما أشار اليه فى هامش (٣) ، انظر حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٣/٦/٧ مجموعة البادئ التى قررتها محكمة القضاء الادارى س ٧ ص ١٤٦٧

انظر عبد الباسط جيمى - ص ٤٧ - وقارن أحمد ابو الوفا بند ٢٨٤

دعوى فى مسالة منها أن تقضى - ولو من تلقاء نفسها - بانتفاء ولايتها بنظرها ، لأن ولاية القضاء المدنى تتحدد بالمسائل التى لم يدخلها المشرع فى ولاية جهة أخرى (٩٥) . ولكن يجب تفسير نصوص قانون الرى والصرف تفسيراً ضيقاً فى هذا الصدد (٩٦) .

الفرع الثالث

المنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية

٢٣٦ - مر الاختصاص بهذه المنازعات بتطورات تشريعية كثيرة ، فقد أنشأ المشرع فى ظل القانون ٤٧٦ لسنة ١٩٥٣ لجنة خاصة بالفصل فى المنازعات الخاصة بامتداد ايجار الأراضى الزراعية . ثم ألغيت هذه اللجان فى سنة ١٩٦٣ ، وأنشئ بدلا منها فى دائرة كل مركز لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية تختص بتطبيق المواد ٣٢ - ٣٦ من قانون الاصلاح الزراعى ، ثم حل القانون ٥٤ لسنة ١٩٦٦ محل القانون ١٤٨/١٩٦٢ منظماً التقاضى فى المنازعات الزراعية أمام لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية ، وكان التقاضى فيها على درجتين ، لجنة ابتدائية فى كل قرية ثم لجنة استئنافية (٩٧) .

وظل الأمر على هذا النحو الى أن صدر القانون ٦٧ لسنة ١٩٧٥ ونص فى مادته الخامسة على أن : (تستبدل عبارة « المحكمة الجزئية

(٩٥) فتحى والى - الوسيط ص ٢٨٨ - ٢٨٩ . عبد الخالق عمر - قانون المرافعات ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(٩٦) فتحى والى - الاشارة السابقة . ونقض مدنى ١/١٦٦٣/١٥ ص ١٤ ص ٢٠٤ - ابراهيم سعد ص ٤٣٠ . وقضى بأنه اذا كانت المادة ١٥ من قانون الرى والصرف (السابق) تنص على سلطة مفتش الرى فى اصدار قرار وقضى بتمكين المنتفع بمسقى أو مصرف خاص من استعمال حقه ، فان مؤدى ذلك اقتصار ولاية المفتش على القرار الوقتى أن توافرت شروطه ، دون أن يكون له حق الفصل فى الموضوع الذى يظل من اختصاص المحاكم العادية (نقض ١٥/٣/١٩٧٧ على الطعن ٥٧٤ ص ٤٣ قضائية . مشار اليه فى فتحى والى - الوسيط ص ٢٨٩ هامش ٢١) .

(٩٧) انظر فى هذا التطور - حسام الدين الاهوانى - القانون الزراعى سنة ١٩٧٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

المختصة « بعبارة « لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية » فى المادة ٤ من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ . . . وكذلك أينما وردت فى نصوص المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ أو فى أى قانون آخر » . وبذلك يكون المشرع قد ألغى نهائيا - وخيرا فعل - لجان الفصل فى المنازعات الزراعية ، بتدخل هذه المنازعات فى ولاية جهة القضاء المدنى ، ومن اختصاص المحاكم الجزئية وحدها . فقد نصت المادة ٣٩ مكرر من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٧٥ على أن : « تختص المحكمة الجزئية - أيا كانت قيمة الدعوى - بنظر المنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية والقابلة للزراعة الواقعة فى دائرة اختصاصها والمبينة فيما يلى :

١ - المنازعات الناشئة عن العلاقة الايجارية بين مستأجرى الاراضى الزراعية ومالكها .

٢ - المنازعات المتعلقة بالسلف الزراعى أو العينية فى خدمة الأرض المؤجرة . .

وترفع الدعوى بشأن هذه المنازعات الى المحكمة الجزئية وبغير رسوم ويفصل فيها على وجه السرعة ، ويكون لها ولاية القضاء المستعجل وقاضى التنفيذ فى المسائل التى تدخل فى اختصاصها . وتستأنف جميع الأحكام الصادرة فيها الى المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمة الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور الحكم (م ٣٩ مكرر ١ مضافة بالقانون ٦٧ لسنة ١٩٧٥) .

الفروع الرابع

منازعات التنفيذ

٢٣٧ - استحدث المشرع فى قانون المرافعات الجديد قاضى التنفيذ ليتولى الاشراف على مراحل التنفيذ واجراءاته ، وذلك جمعا لشتات مسائل التنفيذ فى ملف واحد ، وفى يد قاض واحد ، يكون قريبا من موطن التنفيذ .

وقاضى التنفيذ هو أحد قضاة المحاكم الابتدائية ، يندب فى مقر كل محكمة جزئية (٢٧٤) ويعاونه عدد كاف من المحضرين والمعاونين القضائيين . وتتبع أمامه كافة الاجراءات المقررة أمام المحكمة الجزئية ، ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك . وقاضى التنفيذ ما هو الا محكمة جزئية ، تنحصر وظيفتها فى الفصل فى المسائل المتعلقة بالتنفيذ كافة ، الموضوعية منها والوقتية ، أيا كانت قيمتها . كما يختص باصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ (٣٧٥ مرافعات) . وتستأنف أحكامه الموضوعية أمام المحكمة الابتدائية متى جاوزت قيمة الدعوى خمسين جنيهها ولم تتعد خمسمائة جنيه ، وأمام محكمة الاستئناف المختصة متى جاوزت قيمة الدعوى خمسمائة جنيه . أما أحكامه المستعجلة فتستأنف أمام المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمة الدعوى . أما قراراته وأوامره الولائية فيطبق بشأنها ما يطبق على الأوامر على العرائض من حيث التظلم منها (٩٨) .

واختصاص قاضى التنفيذ بنظر جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ ، بعد فى نظرنا اختصاصا نوعيا من جهة (٩٩) ، واختصاصا متعلقا بالوظيفة من جهة أخرى (١٠٠) ، اذ أن الوظيفة التى يمارسها قاضى التنفيذ والتى أنشئ من أجلها وهى الاشراف على التنفيذ ، فى كل مراحله وفى جميع اجراءاته .

(٩٨) انظر دراسة تفصيلية لقاضى التنفيذ ووظائفه وولايته والطعن فى الأعمال الصادرة عنه محمود هاشم القواعد العامة للتنفيذ التضاى سنة ١٩٨٠ ص ٢١٤ - ٢٥٢ . عزمى عبد الفتاح رسالة عن « نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن » طبعة سنة ١٩٧٨ . محمد على راتب ونصر كاهل وفاروق راتب - اختصاص قاضى التنفيذ ١٩٦٩ . احمد ابو الوفا - مقال حول « قاضى التنفيذ » مجلة ادارة تضايى الحكومة س ١٨ العدد الثالث . اسبكتور سعد زغلول قاضى التنفيذ علما وعيلا سنة ١٩٧٤ . (٩٩) انظر نقض ١٩٧٦/٢/١٠ س ٢٧ رقم ٨٧ ص ٤٢٢ ، ١٩٧٦/٢/٢٣ نفس السنة ١٤٥ ص ٧٣٦ . (١٠٠) انظر ما يأتى فيما بعد بشأن التصود بالاختصاص المتعلق بالوظيفة .

الفرع الخامس

الدعاوى الوقتية

٢٣٨ - تنص المادة ٤٥ من قانون المرافعات على أن « يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة ... أما خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية . على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية » .

من هذا النص يتضح أن الدعاوى الوقتية أو المستعجلة قد ترفع بإجراءات مستقلة كما قد ترفع تبعا لدعوى مرفوعة بالفعل .

١ - الدعاوى المستعجلة التي ترفع بإجراءات مستقلة :

إذا رفعت الدعوى المستعجلة بإجراءات مستقلة فإنها ترفع الى قاضي الأمور المستعجلة ، ويختص بنظر المسائل المستعجلة كافة متى رفعت بصفة أصلية ، أي كانت قيمتها ، وإيا كانت قيمة الحق الموضوعي الذي ترفع لحمايته حماية وقتية . وقاضي الأمور المستعجلة في هذا الخصوص هو :

- محكمة الأمور المستعجلة :

وتوجد بالمدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية . وهذه المحكمة تختص وحدها دون غيرها من المحاكم الجزئية الأخرى الموجودة بالمدينة بنظر كافة المسائل المستعجلة ، متى رفعت بإجراءات مستقلة وتصدر هذه المحكمة أحكامها من قاض فرد من بين قضاة المحكمة الابتدائية .

- المحكمة الجزئية :

وذلك بالنسبة للدعاوى المستعجلة التي ترفع - وفقا لقواعد الاختصاص المحلي - خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية . وعلى ذلك فالدعوى المستعجلة التي يجب رفعها محلياً

أمام محكمة منيا القمح الجزئية ، فإنها تختص بنظرها ولا ترفع الدعوى إلى محكمة الزقازيق للأمور المستعجلة .

- قاضى التنفيذ :

وذلك بالنسبة لمنازعات التنفيذ الرقمية . فهو يعد بالنسبة لها بمثابة قاضى أمور مستعجلة ويكون له وحده الاختصاص بنظر هذه المنازعات الوقتية ولو كان داخل المدينة التى بها محكمة ابتدائية .

ب - الدعاوى الوقتية المرفوعة بالتبعية :

أجاز المشرع رفع الطلبات الوقتية بالتبعية إلى محكمة الموضوع ، وتختص هذه المحكمة بالفصل فى المسائل المستعجلة المرفوعة إليها تبعا للدعوى الموضوعية وبصرف النظر عن قيمة الطلب المستعجل . ومحكمة الموضوع قد تكون محكمة جزئية وقد تكون محكمة ابتدائية (١٠١) ، فلو كانت محكمة الموضوع محكمة ابتدائية فإنها تختص بالفصل فى المسائل المستعجلة المرفوعة إليها بطريق التبعية ، ولو كانت قيمتها مما تدخل فى اختصاص القاضى الجزئى ، أما ان كانت محكمة الموضوع محكمة جزئية ، فإنها تفصل فى الطلبات المستعجلة المرفوعة إليها بطريق التبعية ، ولو زادت قيمتها عن خمسمائة جنيه ، ولو كانت المحكمة الجزئية داخل المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية (١٠٢) .

وتختص محكمة الموضوع بنظر الدعوى المستعجلة سواء رفعت مع الطلب الأسمى فى صحيفة واحدة أم رفعت إليها فى صورة طلب عارض ، بعد رفع الدعوى الأصلية ، ولكن يشترط لذلك قيام علاقة التبعية بين الطلب المستعجل والدعوى الموضوعية ، أى أن يكون هناك دعوى موضوعية لم يفصل فيها بعد ، ثم ترفع الدعوى المستعجلة تبعا لها .

(١٠١) وقد تكون محكمة استئنافية . أحمد أبو الوفا بند ٣٠١ ص ٣٢٦
أمانة النمر - مناط الاختصاص ٥٥ المشار إليه بند ١٣٨ ص ٢١٨ .
(١٠٢) أنظر إبراهيم سعد - ص ٣٣٤ . فتحى والى - الوسيط ٢٩٢ .
أمانة النمر - بند ١٤٩ ص ٢٢٣ .

وتقدير توافر هذه العلاقة أمر يستقل به ؟اضى الموضوع غير خاضع فى ذلك لرغبة محكمة النقض متى بنى الحكم على أسباب سائغة (١٠٣) .

ويشترط أخيرا للاختصاص بالدعوى الوقتية كدعوى مستقلة أن تتعلق بدعوى موضوعية تدخل فى ولاية القضاء المدنى ، اذ أن الدعوى الوقتية دعوى مساعدة للدعوى الموضوعية فى الحصول على الحماية القضائية ، وعلى ذلك فإن كل الحق الموضوعى المراد حمايته لا يدخل فى ولاية القضاء المدنى ، فلا يختص القضاء المستعجل بدعوى الحماية الوقتية لهذا الحق (١٠٤) .

مما تقدم يتضح أن الاختصاص بالمسائل المستعجلة انما هو اختصاص نوعى مقرر للقضاء الجزئى ، اذا رفعت بصفة أصلية .

المطلب الثانى

الاختصاص النوعى للمحاكم الابتدائية

٢٣٩ - رأينا أن المادة ٤٧ من قانون المرافعات تنص على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل ابتدائيا فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية التى ليست من اختصاص المحكمة الجزئية ، وبالإضافة الى ذلك فإن المشرع يعقد لها اختصاصا بنظر منازعات معينة بغض النظر عن قيمتها حتى ولو كانت داخلة فى اختصاص المحكمة الجزئية ، بسبب أهمية هذه المنازعات ، ودقة ما تثيره من مشاكل قانونية .

ونبين فيما يلى أهم الدعاوى التى تدخل نوعيا فى اختصاص المحكمة الابتدائية :

-
- (١٠٣) أمينة النمر - بند ١٣٥ من ٢١٥ . ابراهيم سعد من ٤١٣ .
أحمد أبو الوفا من ٣٢٦ ، نقض منى ١٩٦٦/٥/٢٦ من ١٧ من ١٢٦١ -
أحمد أبو الوفا - من ٣٢٧ بند ٣٠١ - غتقى الى - الوسيط من ٢٩٢ .
(١٠٤) فتحي والى - من ٢٩٣ - أمينة النمر - مناط بند ١٤٢
ص ٢٣٨ - ٢٣٩ . وانظر نقض ١٩٦٨/٢/٨ من ١٩ من ٢٣٠ .

١ - دعاوى الافلاس والصلح الواقي منه ، ودعاوى الاعسار المدني :

تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الافلاس والصلح الواقي منه بصرف النظر عن قيمة رأس مال التاجر المفلس ، أو مجموع الديون التي في ذمته . ويستفاد ذلك من نص المادة ٤٢ من قانون المرافعات التي تقرّر « مع عدم الاخلال بها للمحكمة الابتدائية من اختصاص شامل في الافلاس والصلح الواقي » وذلك بعد النص على ما تختص به المحكمة الجزئية (١٠٥) .

وعلة عقد الاختصاص بدعاوى الافلاس والصلح الواقي للمحكمة الابتدائية تتمثل فيها للافلاس من خطورة تؤثر على المركز القانوني للتاجر ، الأمر الذي يستوجب أن يتم نظر ما يتصل به من مسائل من قبل محكمة مشكلة من أكثر من قاض .

وللعلة ذاتها تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الاعسار المدني ، وقد نصت المادة ٢٥٠ من القانون المدني على ذلك بقولها « يكون طلب شهر الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية » .

٢ - بعض المنازعات الخاصة بحق المؤلف :

تختص المحكمة الابتدائية نوعياً بالفصل في بعض الدعاوى المتعلقة بحق المؤلف والرفوعة بسحب المؤلف من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه « م ٤٩ من قانون حماية المؤلف رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٢ » .

٣ - بعض الدعاوى الخاصة ببعض الجمعيات :

كان القانون المدني في المواد ٦٣ وما بعدها ينص على اختصاص المحاكم الابتدائية بنظر دعاوى الجمعيات ، ثم صدر قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الملغى رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٥٦ ملغياً المواد ٥٤ - ٨٠ من القانون المدني ، ومقرراً في المواد ٣٤ ، ٣٦ ، ٤٠ منه اختصاص المحاكم الابتدائية بنظر دعاوى الجمعيات مثل حلها أو ابطال قراراتها

(١٠٥) أنظر المادة ٢٠١ من القانون التجاري وكذلك المادة ٧ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٤٥ بشأن الصلح الواقي من التفليس .

أو تصفيتيها ، وظل الأمر على هذا النحو الى أن ألغى هذا القانون بمقتضى قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ مدخلا هذه الدعاوى فى اختصاص محكمة القضاء الادارى « المادتين ٣٣ ، ٥٧ من قانون الجمعيات الحالى » وعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية بكل دعوى مدنية ترفع من المصفى أو عليه حال تصفية الجمعية « م ٦١ ق . ج » .

٤ - بعض طعون عن قرارات بعض اللجان الادارية :

تقرر التشريعات المختلفة اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الطعون المندمة ضد قرارات بعض اللجان الادارية المختصة بنظر منازعات معينة مثل :

ـ الطعون فى قرارات لجان تحديد أجرة الاماكن :

كان قانون ايجار الاماكن السابق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ينص فى المادة ٤ . منه على اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر جميع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون . ثم ألغى هذا القانون وحل محله القانون الحالى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ونص فى المادة ١٨ منه على اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الطعون فى قرارات لجان تحديد الاجرة . ولم ينص المشرع فى هذا القانون على اختصاص المحكمة الابتدائية بغير هذه الطعون ، الأمر الذى يؤدى بالضرورة الى القول بأنه فيما عدا الطعون فى قرارات لجان تحديد الاجرة يكون الاختصاص بنظر منازعات ايجار الاماكن خاضعا للقواعد العامة فى الاختصاص القيمى (١٠٦) .

ـ طعون الضرائب :

تنص المادة ٥٤ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ معدلة بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٥٣ على اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الدعاوى المرفوعة بالغاء القرارات الصادرة عن لجان طعون الضرائب بصرف النظر عن

(١٠٦) انظر لفتحي والى - الوسيط - ص ٢٩١ هامش (١) .

قيمة الضريبة المتنازع بشأنها ، وتختلف أحكام المحكمة الابتدائية أيا كانت قيمتها (١٠٧) .

- الطعن في تقدير التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة :

تنص المادة ١٧ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٥٦ في شأن نزع ملكية الأحياء لاعادة تخطيطها وتعميرها ، أن لذي الشأن والسلطة القائمة على تنفيذ المشروع الطعن في قرارات اللجنة المنصوص عليها في « المادة ١٦ » أمام المحكمة الابتدائية ... وهي خاصة بتقدير التعويض المترتب على نزع ملكية الأحياء للمنفعة العامة .

ويلاحظ أن اختصاص المحكمة الكلية بهذه الطعون ليس معناه أنها تفصل فيها باعتبارها محكمة استئنافية بالنسبة لقرارات هذه اللجان ، وإنما باعتبارها محكمة للدرجة الأولى ، والحكم الصادر منها في هذه الطعون يقبل أو لا يقبل الاستئناف بحسب القواعد العامة (١٠٨) .

٥ - الطلبات العارضة والمرتبطة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ على اختصاص المحكمة الابتدائية « بالحكم في الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك في الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها » ونظرا لأهمية هذه الطلبات وتأثيرها على قواعد الاختصاص ، فاننا نخصص دراسة مستقلة .

(١٠٧) بالرغم من أن قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ١٩٥٥ ، ١٩٥٩ ، وآخرها القانون الحالي ١٩٧٢ تنص على اختصاص مجلس الدولة بالطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم (م ١٠/٦ من القانون الحالي) إلا أن هذا النص ما زال معطلا إذ أن المشرع قد علق تطبيق هذا النص على صدور قانون الإجراءات الإدارية والذي لم يصدر بعد . فتتص المادة ٣/٢ من قانون إصدار قانون مجلس الدولة على استمرار الجهات الحالية في نظر منازعات الضرائب والرسوم .. الى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائي .

(١٠٨) أنظر نكض ١٩٥٦/١٢/٦ س ٧ ص ٩٦١

المبحث الثالث

الاختصاص المحلى

Competenza Territoriale

٢٤٠ - تمهيد وتقسيم :

بعد أن يتم تحديد ما يدخل فى اختصاص كل محكمة من محاكم الدرجة الأولى قيميا أو نوعيا ، يجب توزيع هذه القضايا على المحاكم المتحدة فى الطبقة ، المتعددة والمتنشرة فى المدن والمراكز المختلفة ، حيث أن كل محكمة منها تبأشر وظيفتها القضائية والولاية بالنسبة لما يدخل فى اختصاصها فى نطاق اقليمى محدد ، يعرف بدائرة الاختصاص ، ويحدد القانون دائرة اختصاص المحاكم الابتدائية ، كما يتولى وزير العدل تحديد دائرة اختصاص المحاكم الجزئية .

ويقوم المشرع بهذا التوزيع مستهدفا اعتبارات مختلفة ، منها تحقيق مصلحة الخصوم ، بعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه ، وتحقيق مصلحة القضاة فى عدم تكليفهم مشقة الانتقال والسفر الى مكان المتنازع عليه ، اذا اقتضى تحقيق الدعوى اجراء المعاينة . وغيرها من الاعتبارات الاخرى التى سوف نبينها فى موضوعها .

وقد عرف الفقه الاسلامى تخصيص القضاة بنظر المنازعات كافة أو بعضها فى دائرة محددة ، بلد معين أو ناحية منها ، اذ يجوز أن يكون القاضى خاص العمل ، فيقلد النظر فى أحد جانبي البلد أو فى مطلة منه ، فتنفذ أحكامه فى الجانب الذى قلده والمحلة التى عينت له ، وينظر بين ساكنيه أو الطارئین اليه « (١٠٩) » .

وقد وضع المشرع قاعدة عامة فى الاختصاص المحلى ، ثم اتبعها بعد ذلك بعدد من القواعد الخاصة ، ونبين فيما يلى القاعدة العامة ، ثم نتبعها بالقواعد الخاصة فى الاختصاص المحلى .

(١٠٩) أنظر محمود هاشم ، القضاء ونظام الاثبات ص ١٠٤ ، بند ٦٦

النظام القضائى الاسلامى ص ٢٥٨ .

المطلب الأول

القاعدة العامة : محكمة موطن المدعى عليه

٢٤١ - مضمون القاعدة العامة :

تنص المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن : « يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » .

يتضح أن المشرع قد وضع القاعدة العامة في الاختصاص المحلى ، وعقده - كاصل - لمحكمة موطن المدعى عليه . وتطبق هذه القاعدة - نظرا لعمومها - على الدعاوى كافة التي ترفع الى محاكم الدرجة الأولى (١١٠) جزئية كانت أم ابتدائية . وتستهدف هذه القاعدة المساواة بين مراكز الخصوم في الدعوى ، فالمدعى هو الذى يبدأ الدعوى ، ويختار الوقت الذى يناسبه لبدئها ، بعد أن يكون قد أعد مستنداته وأدلته ، فعليه حتى لا يكون فى وضع أفضل أن يسعى - تحقيقا للمساواة بينه وبين المدعى عليه - الى محكمة المدعى عليه ليقاضيه أمامها ، فليس من المنطق أن يستدعى المهاجم « المدعى » الى موطنه من يريد مهاجمته « المدعى عليه (١١١) ، وإنما عليه أن يذهب الى موطن هذا الأخير . هذا بالإضافة الى أن الأصل فى الانسان البراءة حتى يثبت العكس ، وعلى مدعى هذا العكس أن يذهب الى موطن من يدعى بعدم براءة ذمته لاثباتها .

(١١٠) أما الاختصاص المحلى لمحاكم الدرجة الثانية فهو لا يتحدد بموطن المستأنف عليه أو المطعون ضده ، وإنما يتحدد على أساس المحكمة المطعون فى حكمها ، وهو لذلك يعد اختصاصا متعلقا بالوظيفة ، ولذا يعتبر اختصاص محلى متعلق بالنظام العام (انظر ما تقدم بند ٢٤٩) .
(١١١) عبد الباسط جيمعى - ص ٦١ . إبراهيم سعد - ص ٤٧٣ .
نقضى والى ص ٢٩٤ بند ١٦٤ وانظر فى التعليق على المادة ١٨ مرافعات إيطالية - سأتا فى تعليقه ج ١ ص ١١٣ وما بعدها .

Andrioli V. : Rassegna di giurisdizione sul Cod. Proc. Civ. Libro

Primo. 1954, p. 84 - 86.

Vincent et Guinchard, op. cit, No. 222.

٢٤٢ - المقصود بالموطن : Domicile

هو المقر القانونى للشخص ، أى المكان الذى يخاطب فيه الشخص قانوناً خاصاً بنشاطه (١١٢) . وقد نصت المادة ٤٠ مدنى على أن الوطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة (١١٣) . وإذا كان المشرع ينص على الإقامة عادة ، فإنه لم يشترطها على الدوام دون انقطاع ، فيعتبر عنصر الاستقرار متوافراً ولو تغيب الشخص عن المكان فى فترات متقاربة أو متباعدة (١١٤) وأمر تقدير الاستقرار من الأمور التى يستقل بها

(١١٢) انظر عبد المنعم البدرأوى - المدخل للقانون الخاص ١٩٥٧ طبعة أولى ص ١١٩ وما بعدها . وانظر اسماعيل غانم - محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٥٨ ص ١٨٢ - ١٨٣ . أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون له ٢ ، سنة ١٩٥٤ ص ١٥٨ . عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية الحق سنة ١٩٦٥ ص ١٣٥ .

Planiol M. e. Ripert G. Traité Pratique de droit civil Français T. I, Paris P. 175 et suiv. No. 137 et s. Planiol M. Traité élémentaire de droit civil, 1908 P. 201 no. 554.

Dekkers René, Précis de droit civil Belge. 1954. I P. 63. no 75.

Vincent et Guinchard, procédure civile, 1981, no 220, p. 251.

(١١٣) وبذلك يكون المشرع المصرى قد أخذ بفكرة التصوير الواقعى للموطن ، والذي يجب أن يتوافر فيه عنصران : الإقامة وهى العنصر الرئيسى فى تحديد الوطن ، ونية الاستقرار (الإقامة عادة) أنظر فى تفاصيل التصوير الواقعى للموطن والتصوير الحكمى له - عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٣٦ وما بعدها . حسام الأهوانى ص ١٠٦ وما بعدها . أحمد سلامة ص ١٥٩ . اسماعيل غانم ص ١٨٣ - ١٨٤ . بلانويول وريبير - الطول ج ١ ص ١٧٥ وما بعدها . والوطن بعنصره المادى والمعنوى يختلف من محل الإقامة Residence والذي يتوافر فيه العنصر المادى (الإقامة) الوجود ، دون العنصر المعنوى (الاعتقاد) ، فمحل الإقامة هو المكان الذى يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة .

(١١٤) فالهم أن تستمر الإقامة فى المكان بشكل يتحقق معه القول بأن الشخص قد اعتاد الإقامة فى هذا المكان (أنظر نقض ١٦/١٢/١٩٥٤ - مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ علماً ج ٢ ص ١٠١٠ رقم ٢ . نقض ١٧/٥/١٩٦٩ ص ٢٠ . وراجع تعريف الوطن فى قضاء النقض الحديث حكماً فى ١٢/١/١٩٧٧ فى الطعن ٣٨ لسنة ٤٥ ق .

قاضى الموضوع (١١٥) . وهذا الموطن هو الوطن العام الذى يعتد به القانون بالنسبة لكل شئون الشخص ، وفيه توجه اليه كافة الدعاوى بالحقوق الشخصية ودعاوى المسؤولية بأنواعها المختلفة وحقوق الأسرة وغيرها من الدعاوى ، سواء كانت تقريرية أو منشئة أو كانت بالالزام (١١٦) .

وإذا كان الأصل أن الانسان يختار بارادته موطنه الذى يخاطب فيه قانونا بالنسبة لكل شئونه ، فإن المشرع أحيانا ، قد يفرض موطناً له ، مثل موطن عديمى الأهلية وناقصيها ومن فى حكمهم ، فهو موطن من ينوبون عنهم قانونا من الأولياء أو الأوصياء وغيرهم « م ١/٤٠ » . وقد يتخذ الشخص لنفسه بجانب موطنه العام ، موطناً خاصاً له ، خاصاً بنشاطه القانونى أو الحرفى (١١٧) يطلق عليه موطن الأعمال ، ويكون موطناً بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (١١٨) وقد يختار الشخص لنفسه بارادته موطناً معيناً بالنسبة لعمل قانونى معين ، وقد يجبر على اختيار موطن له بالنسبة لعمل معين « ٣٠ قانون

(١١٥) نقض ١٩٧٦/١١/١٨ ، س ٢٧ ، ص ١٦١٩ ، نقض ١٩٦٩/٥/٢٧ المشار اليه ، ١٩٥٤/١٢/١٦ - المشار اليه . وانظر دكرز - مختصر القانون المدنى البلجيكى ج ١ ص ٦٥ . (١١٦) كوستا بند ١٠٧ ص ١٥١ . فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٥ (١١٧) أنظر فى الوطن القانونى - أحمد سلامة بند ٩٢ ص ١٦٠ . اسماعيل غانم - ص ١٨٥ مع مراعاة أن موطن القاصر الذى بلغ ثمانية عشرة عاماً ومن فى حكمه يكون موطناً خاصاً بالنسبة للأعمال أو التصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها (م ٢/٤٢) . ويكون - قياساً - موطن القاصر الذى بلغ السادسة عشرة موطناً خاصاً بالنسبة للتصرفات التى هو أهلاً لمباشرتها - اسماعيل غانم ص ١٨٦ - ديكروز - المرجع السابق بند ٨٤ ص ٦٨ .

(١١٨) ولا يعتبر هذا الموطن الخاص موطناً يعتد به القانون إلا بالنسبة لإدارة التجارة أو الحرفة . وعلى ذلك فلا يعتبر مكان الوظيفة موطناً بالنسبة للموظف بالنسبة للدعاوى التى توجه اليه بصفة شخصية . نقض ١٩٥٢/٢/٧ مجموعة المبادئ القانونية فى ٢٥ عام ج ٢ ص ١٠١٠ رقم ٤ ، ١٩٦٩/٥/٢٧ ص ٢٠ . كما أن مكتب المحامى لا يكون موطناً بالنسبة لشئونه الخاصة . نقض ١٩٥٥/٣/٣١ مجموعة المبادئ ج ٢ ص ١٠١٠ رقم ٥ .

الشهر العقاري ٢/٧٤ مرافعات ٥/٧٩ مرافعات « ، والموطن في الحاليتين يعتبر موطنا مختارا للشخص ، وخصا بالنسبة للعمل القانوني الذي احتير له .

اما موطن الشخص الاعتباري فيتحدد بالمكان الذي يوجد به مركز ادارته الرئيسي « م ٢/٥٣ مدني » . اما بالنسبة للفروع ، فيعتبر موطن الفرع موطنا خاصا بالنسبة للاعمال المتعلقة بهذا الفرع « م ٢/٥٢ مرافعات » .

٢٤٣ - تحديد محكمة موطن المدعى عليه :

المدعى عليه هو الخصم الموجه اليه طلب المدعى (١١٩) . ومحكمة هذا الخصم هي محدد الاختصاص المحلي ، فان كان له أكثر من موطن رفعت الدعوى بحسب اختيار المدعى الى المحكمة التي يقع في دائرتها ان منها . واذا لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل اقامته Residence . واذا لم يكن له موطنا او محل اقامة بالجمهورية ، كما لو كان اجنبيا او من البدو الرحل ، يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى او محل اقامته ، واذا لم يكن للاخير بدوره موطن ولا محل اقامة بالجمهورية كان الاختصاص لمحكمة القاهرة « م ٦١ مرافعات » .

ولما كانت المحاكم الجزئية متعددة داخل مدينة القاهرة ، وكذلك وجدت محكمة ابتدائية ثانية داخل مدينة القاهرة ، فلا مناص من القول بان المدعى بالخيار في ان يرفع دعواه أمام أية محكمة جزئية بمدينة القاهرة او أمام أى من محكمتي القاهرة الابتدائيتين (١٢٠) . ويتحدد الاختصاص المحلي بموطن المدعى عليه وقت رفع الدعوى ، ولو تغير في اثناء نظرها (١٢١) .

(١١٩) انظر سأتا - تعليق ص ١١٥ بند ٣ .

Vincent et Guimchard Rrocedure, civile, 1981, no 218, p. 250.

(١٢٠) فتوى والى - الوسيط ص ٢٩٥ . احمد مسلم بند ٢٥١

ص ٢٦٨ .

(١٢١) سأتا - تعليق ج ١ ص ١١٤ بند ٢ : نقض ابطالى

١٩٤٣/١٢/٢١ الذي اثار اليه سأتا . محمد وعبد الوهاب العشماوى

بند ٣٧٦ ص ٤٨٧ .

المطلب الثاني

القواعد الخاصة في الاختصاص المحلي

٢٤٤ - تحديد :

بعد أن نص المشرع على القاعدة العامة في الاختصاص المحلي ، في المادة ٤٩ أورد بعد ذلك عدة قواعد خاصة يتحدد على أساسها الاختصاص المحلي ، ويمكننا تصنيف هذه القواعد الى نوعين : قواعد تعقد الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه ، وقواعد تجعل الاختصاص مشتركا بينها وبين محكمة أو محاكم أخرى :

الفرع الأول

الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المدعى عليه

٢٤٥ - تحديد :

نص المشرع على عدة حالات يكون الاختصاص فيها لمحكمة ليست هي محكمة موطن المدعى عليه ، ونبين هذه الحالات فيما يلي :

٢٤٦ - ١ - الدعاوى العقارية :

تختص بالدعاوى العينية العقارية محليا ، المحكمة التي يقع في دائرتها العقار كله ، أو جزء منه ، أن كان واقعا في دوائر محاكم متعددة . وما يطبق بشأن هذه الدعاوى من حيث الاختصاص يطبق أيضا بالنسبة لدعاوى الحيازة (م ١/٥٠) . وعلة ذلك تكمن في أن محكمة موقع العقار ، هي أقدر المحاكم على الفصل في الدعاوى المتعلقة به ، نظرا لقربها منه ، الأمر الذي يمكنها بسهولة من الانتقال لمعينة العقار ، أو سماع شهود يقيمون بجواره ، أن رأت أهمية لذلك (١٢٢) . ويشترط لاختصاص محكمة موقع العقار بالدعوى المتعلقة به ، أن تكون هذه الدعوى دعوى عينية ، أي متعلقة بحق عيني على العقار ، بتقريره أو نفيه (١٢٣) .

(١٢٢) فنان وجنشار بند ٢٢٥ ص ٢٥٥ - موريل بند ٢٦٢

ص ٢٢٤ . جارسونيه وسيزار برو ج ١ بند ٥٥٥ ص ٨٤٩ .

(١٢٣) كوستا بند ١٠٩ ص ١٥٣ . على عكس كيوفندا الذي يرى

رفع الدعوى العينية العقارية التقريرية التي تنتهي بحكم لا يمكن تنفيذه

تنفيذا جبريا الى محكمة موطن المدعى عليه مبادئ ص ٥٥٠ .

سواء كان حقا عينيا أصليا كحق الملكية ، أو حق ارتفاق أو انتفاع ، أو كان حقا عينيا تبعيا كرهن أو اختصاص . وعليه فلا تخضع لهذه القاعدة الدعاوى المتعلقة بعقار إذا لم يكن موضوعها حق عيني عليه ، مثل دعوى المطالبة بالأجرة أو بطلان أو فسخ عقد بيع العقار إلا إذا اقترنت هذه الدعوى بطلب استرداد العقار (١٢٤) .

وإذا وقع العقار فى دوائر أكثر من محكمة كان الاختصاص لآى منها ، سواء كانت محكمة الجزء الأكبر أو الأصغر ، سواء كان مفروضا عليه ضريبة أم لا .

٢٤٧ - ٢ - الدعاوى التى ترفع على الأشخاص الاعتبارية العامة :

تنص المادة ٥١ على أنه فى « الدعاوى الجزئية التى ترفع على الحكومة أو وحدات الادارة المحلية أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة ، مع مراعاة القواعد المتقدمة » . وبذلك يكون المشرع عقد الاختصاص بالدعاوى الجزئية التى ترفع على أحد الأشخاص الاعتبارية العامة للمحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة . وحكمة ذلك تتمثل فى تسهيل مهمة من يتولى الدفاع عن الحكومة ووحداتها وهى هيئة قضايا الدولة ، وذلك بتركيز الدعاوى التى ترفع عليها أمام محكمة واحدة ، هى محكمة مقر المحافظة (١٢٥) . وعلى ذلك فاذا رفعت دعوى جزئية على مجلس مدينة منيا القمح ، فتكون المحكمة المختصة بنظرها هى محكمة بندر الزقازيق الجزئية ، لأنها التى يقع بدائرتها مقر محافظة الشرقية .

- نطاق تطبيق هذه القاعدة :

يتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة بالدعاوى الآتية :

(١٢٤) كوستا - الاشارة السابقة - دونوفريو ج ١ بند ٦٤ ص ٥٣

فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٦ .

(١٢٥) انظر فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٧ - بند ١٦٧ . رهزى

سيف بند ٢٥٣ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ بند ٣٧٩ . احمد

مسلم - بند ٢٥٧ ص ٢٧٢ . ابو الوفا بند ٣٣٨ . عبد الباسط جميعى -

مبادئ ص ٨٥ - ٨٦ .

- الدعاوى الجزئية :

فلا يسرى حكم هذه القاعدة على الدعاوى الابتدائية التى ترفع على هذه الأشخاص ، فانها تظل محكومة بالقواعد العامة . وان كان تطبيقها يؤدى الى نفس النتيجة التى تستهدفها المادة ٥١ اذ أن الدعوى الابتدائية لا ترفع الا أمام المحكمة الابتدائية وهى واحدة توجد فى عاصمة كل محافظة . أما بالنسبة للمحافظة التى يوجد بها أكثر من محكمة ابتدائية واحدة كمحافظة القاهرة ، فنرى أن الاختصاص يكون لمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية وذلك قياسا على حكم المادة ٥١ ، نظرا لوحدة العلة فيهما .

- الدعاوى المبتدأة :

لا يسرى حكم المادة ٥١ الا على الدعاوى المبتدأة التى ترفع على أى من الأشخاص الاعتبارية العامة ، فهى لا تسرى على الدعاوى المرفوعة من هذه الأشخاص على الأفراد ، فتظل خاضعة للقواعد العامة . كما لا تسرى على الدعاوى القائمة التى يتدخل أو يدخل فيها الشخص الاعتبارى ، بطلب عارض والتى تظل فى اختصاص المحكمة التى رفعت إليها ابتداء (١٢٦) .

- الدعاوى التى ترفع على الشخص الاعتبارى وحده :

لا يسرى حكم المادة السابقة فى حالة تعدد المدعى عليهم ولو كان من بينهم شخص اعتبارى عام . اذ أن المشرع قد نص فى المادة ٥١ على ضرورة احترام ما سبق من قواعد ، ومنها المادة ٣/٤٩ والتى تقضى باختصاص محكمة موطن أى من المدعى عليهم حال تعددهم ، وعلى ذلك فان رفعت الدعوى على شخص اعتبارى عام وشخص خاص « اعتبارى أو طبيعى » . كان للمدعى الخيار بين أن يرفع دعواه أمام محكمة موطن أحدهما ولو لم تكن هى المحكمة الجزئية التى يوجد بدائرتها مقرر

المحافظة (١٢٧) . فان أراد المدعى أن يرفع دعواه الجزئية على مجلس مدينة منيا القمح ، وسيد المقيم بدائرة مصر الجديدة ، فله أن يرفع دعواه أما الى محكمة بندر الزقازيق الجزئية ، وأما الى محكمة مصر الجديدة الجزئية .

- الدعاوى الشخصية والمنقولة :

يقتصر نطاق المادة ٥١ أخيرا على الدعاوى الجزئية المنقولة أو الدعاوى الشخصية ، ولا يشمل الدعاوى العينية العقارية أو دعاوى الحيازة ، والتي تظل محكمة فى رأينا بنص المادة ٥٠ من قانون المرافعات ، والتي تعطى الاختصاص بهذه الدعاوى لمحكمة موقع العقار . وعلى ذلك فإذا ما رفعت دعوى جزئية للمطالبة بتقرير أو نفي حق عيني على عقار يقع خارج اختصاص المحكمة الجزئية التي بها مقر المحافظة ، فوفقا للرأى الغالب (١٢٨) تختص بهذه الدعوى المحكمة الجزئية التي يقع بدايرتها مقر المحافظة التي بها يقع العقار . ومن ثم فإذا رفعت دعوى على مجلس مدينة مصر الجديدة للمطالبة بحق عيني على عقار يقع فى مدينة منيا القمح « والفرض أن قيمة العقار أقل من ٥٠٠ جنيه » فترفع الدعوى وفقا للرأى الغالب أمام محكمة بندر الزقازيق الجزئية ، باعتبارها محكمة مقر المحافظة التي يقع بها العقار محل النزاع . ولكننا لا نؤيد هذا الرأى ، ونرى أن المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى هى محكمة منيا القمح الجزئية ، باعتبارها محكمة موقع العقار وفقا للمادة ٥٠ مرافعات ، ولو لم تكن هى محكمة مقر المحافظة ، وذلك احتراماً لارادة المشرع الذى قيدنا فى تطبيق حكم المادة ٥١ بضرورة مراعاة

(١٢٧) رمزي سيف - بند ٢٥٣ - ص ٢٩٧ . إبراهيم نجيب بند ١٩٤ ص ٤٨٣ . أحمد مسلم بند ٢٥٨ ص ٢٧٤ - ٢٧٥ - أحمد السيد صاوى شرح ص ٢٢١ . عكس ذلك عبد الباسط جيمعى - مبادئ ص ٨٨ - ٨٩ . أبو هيف بند ٦١٢ . محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٣٧٩ - ثارن فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٩ هامش (١) .

(١٢٨) فتحى والى - الوسيط ص ٢٩٨ - ٢٩٩ . عبد الباسط جيمعى مبادئ ص ٨٧ . أحمد أبو الوفا - بند ٣٣٨ ص ٣٦٧ . محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٣٧٩ ص ٤٨٩ . محمد كمال عبد العزيز . ص ١٧٢ - ١٧٣ . عبد المنعم الشرفاوى - شرح ص ٢٧٢ بند ١٧٣ .

القواعد المتقدمة ومنها حكم المادة ٥٠ ، هذا اذا أضفنا ان نص المادة ٥١ يعد نصا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه (١٢٩) .

- الدعاوى التى لا يدخلها المشرع وظيفيا فى اختصاص محكمة أخرى :

يقتصر نص المادة ٥١ أخيرا على الدعاوى التى لا يدخلها المشرع وظيفيا فى اختصاص محكمة أخرى ، والتى تختص بها ولو لم تكن محكمة مقر المحافظة ، المحكمة التى تنظر طلب تفسير حكم صادر عنها (١٣٠) .

٢٤٨ - ٣ - دعاوى الشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة :

رابعا أن القاعدة العامة تقضى باختصاص المحكمة التى يقع بدأئرتها المركز الرئيسى لإدارة الأشخاص المعنوية بالنسبة للدعاوى التى ترفع عليها (م ٥٢) ، الا أن المشرع قد خرج على مقتضى هذه القاعدة ، وعمم حكمها على الدعاوى التى ترفع من هذه الأشخاص على أعضائها أو شركائها ، وكذلك على الدعاوى التى ترفع من أى من هؤلاء الأعضاء أو الشركاء على بعضهم البعض . اذ كان من المفروض طبقا للقاعدة العامة أن ترفع الدعوى من الشركة على الشريك أمام محكمة موطنه باعتباره مدعيا عليه ، ولكن المشرع جعل الاختصاص بهذه الدعوى لمحكمة موطن الشركة ، ولو كانت مدعية ، أو كانت الدعوى مرفوعة من شريك على آخر . وذلك لأن الفصل فى هذه الدعاوى بكفاءة يتطلب الاطلاع على الأوراق والمستندات والتى تحفظ فى مركز ادارة الشركة ، مما يتطلب عقد الاختصاص لمحكمة تكون قريبة من هذا المركز (١٣١) .

(١٢٩) أحمد مسلم - ص ٢٧٤ - ٢٧٥ بند ٢٥٨ . رمزي سيف
بند ٢٥٣ ص ٢٩٧ . ابراهيم سعد ص ٤٨٤ - ٤٨٥ . أحمد السيد
صاوى ص ٢٢١ .

(١٣٠) انظر فتوى والى - الوسيط - ص ٢٩٨ .
(١٣١) فتوى والى ص ٢٩٩ . العشماوى ج ١ بند ٣٨٦ ص ٤٩٨ .
ابراهيم سعد ص ٤٨٥ . وقارن كوستا بند ١١٠ ص ١٥٥ . فنسان
وجنشار ، بند ٢٢٣ - ٢٢٤ .

- نطاق تطبيق المادة ٥٢ مرافعات :

يتحدد نطاق هذه المادة بـ :

- الدعاوى المرفوعة بين الشركة وشركائها :

لا تسرى هذه القاعدة الا على الدعاوى التى ترفع من الشركة على أحد الشركاء أو الأعضاء بها ، أو من أحد الأعضاء أو الشركاء على عضو أو شريك آخر . وعلى ذلك لا ينطبق حكمها على الدعوى المرفوعة من الشركة على شخص لا يعد عضواً أو شريكاً بها ، ولا على الدعاوى التى يرفعها شريك أو عضو على شخص لا يعد كذلك ، ولا على الدعوى التى يرفعها الغير ضد شريك أو عضو بالشركة أو الجمعية (١٣٢) ، فكل هذه اندعاوى تظل خاضعة للمساعدة العامة فى الاختصاص المحلى .

- الدعاوى المتعلقة بالشركة :

ينحصر تطبيق هذه القاعدة كذلك على الدعاوى المتعلقة بالشركة أو الجمعية . وهذا يقتضى أولاً أن يكون للشركة أو الجمعية وجود ولو كان وجوداً فعلياً (١٣٣) ، بمعنى أن تكون قائمة أو حتى تحت التصفية ، فان كانت الشركة أو الجمعية قد صفت نهائياً فلا يسرى عليها حكم هذه المادة . كما يجب ثانياً أن يتعلق موضوع الدعوى بالشركة أو الجمعية ، سواء كان ببطلان عقد تأسيسها أو بفسخه أو بحل الشركة أو الجمعية أو بتصفيتها أو بتقسيم أموالها أو بتوزيع أرباحها . وعلى ذلك فلا يسرى حكم هذه المادة على الدعوى التى يرفعها شريك على شريك آخر يطالبه بتنفيذ عقد أبرم بينهما (١٣٤) . كما لا تسرى هذه القاعدة الا على الشركات التى يكون لها مركز ادارة ، ومن ثم فلا يسرى حكمها على

(١٣٢) أنظر كوستا بند ١١٠ ص ١٥٥ .

(١٣٣) أنظر فنسان ، وجنشار ، بند ٢٢٣ ص ٢٥٣ . العشموارى

ص ٥٠٠ بند ٣٩٠ . إبراهيم سعد ص ٤٨٧ .

(١٣٤) جارسونيه - وسيزار - برو ص ٥٨٩ بند ٥٦١ .

شركات المحاصة فترفع دعواها أمام محكمة موطن أحد الشركاء فيها (١٣٥) .

ـ جميع الدعاوى المتعلقة بالشركة أو الجمعية :

تطبق المادة ٥٢ بصرف النظر عن أى قاعدة اختصاص سابقة ، فهي وحدها الواجبة للتطبيق ولو رفعت الدعوى على الشركة أو أحد الشركاء . وكذلك بالنسبة للدعاوى العينية العقارية تكون محكمة الشركة هي المختصة بنظرها ولو لم تكن محكمة موقع العقار (١٣٦) ، لأن المشرع لم ينص هنا كما نص في المادة ٥١ مرافعات على ضرورة مراعاة القواعد المتقدمة .

وما تقدم من أحكام يسرى على دعاوى فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة بالنسبة لأعمال هذا الفرع « م ٢/٥٢ » .

٢٤٩ - ٤ - دعاوى التركات :

نقضى المادة ٥٣ مرافعات بأن : « الدعاوى المتعلقة بالتركات التي ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى » . وقد أراد المشرع بذلك جمع المنازعات المتعلقة بالتركة ، أمام محكمة واحدة ، تيسيرا للفصل فيها ومنعا لتضارب الأحكام بشأنها ، وليس أقدر على الحكم فيها من المحكمة التي افتتحت فيها التركة « وهي محكمة آخر موطن للمتوفى » ، وكذلك الفصل في منازعاتها (١٣٧) .

ويشترط لتطبيق هذا النص أن تكون الدعوى مرفوعة من الدائن على الورثة أو من بعض الورثة على بعضهم ، وأن تكون الدعوى متعلقة

(١٣٥) وذلك لانعدام معيار تحديد الاختصاص - فتحي والى ص ٣٠٠
ابراهيم سعد ص ٤٨٨ . جارسونيه - وسيزار - برو - الاشارة السابقة .
دونوفريو ج ١ ص ٥٧ .

(١٣٦) انظر فتحي والى - ص ٣٠٠ - ٣٠١ . عكس ذلك محمد وعبد الوهاب العثماني - الاشارة السابقة - محمد كمال عبد العزيز ص ١٧٣ . ابراهيم سعد ص ٤٨٨ .
(١٣٧) انظر فنسان وجنشمار ، بند ٢٢٦ ، ص ٢٥٦ وما بعدها .

بالتركة ببل تمام قسمتها بصفة نهائية . وعلى ذلك فإن الدعوى التى ترفع من الدائن على الورثة للمطالبة بندين له فى دمة مورثهم ، وكذلك الدعوى التى ترفع من أحد الورثة للمطالبة بنصيبه فى التركة ، يجب رفعها امام محكمة آخر موطن للمتوفى . أما الدعوى التى ترفع من الورثة على الغير للمطالبة بدين التركة أو مال من أموالها ، أو الدعوى التى يرفعها الدائن على أحد الورثة للمطالبة بحق له فى ذمته ، فيجب رفعها وفقا للقاعدة العامة فى الاختصاص وليس امام محكمة آخر موطن للمتوفى .

وتطبق القاعدة السابقة على كل الدعاوى المتعلقة بالتركة ، بغض النظر عن قواعد الاختصاص السابقة ، حتى ولو تعلقت الدعوى بحق عينى عقارى (١٣٨) ، نظرا لأن المشرع لم يقيد تطبيقها بضرورة مراعاة الفوائد المتقدمة كما فعل بالنسبة للدعاوى التى ترفع على الأشخاص الاعتبارية العامة .

٢٥٠ - ٥ الدعاوى المتعلقة بالافلاس :

يكون الاختصاص بمسائل الافلاس للمحكمة التى قضت به (م ٥٤) . والمحكمة المختصة نوعيا بشهر الافلاس هى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل التاجر ، أيا كان المدعى فيها ، دائنا كان أو مدينا (١٣٩) ولا شك أن المحكمة التى قضت بشهر الافلاس هى إقرار المحاكم على الفصل فى كل ما يتعلق بإدارة التفليس أو التى يتطلب الفصل فيها تطبيق قاعدة من قواعد الافلاس ، وسواء رفعت الدعوى من المستدين أو الدائن أو الغير أو عليهم (١٤٠) . وتختص هذه المحكمة بالفصل فى هذه المسائل بغض النظر عن أى قاعدة اختصاص أخرى (١٤١) . إذ أن اختصاصها يتعلق بوظيفتها ، شأنها فى ذلك شأن محكمة التركات ومحكمة المركز الرئيسى للأشخاص الاعتبارية الخاصة .

(١٣٨) فتحى والى - الوسيط - ص ٣٠٢ . أحمد أبو الوفا بند ٢٤٠
عكس ذلك إبراهيم سعد ص ٤٩١ . محمد وعبد الوهاب العشماوى
بند ٣٩٢ ص ٤٠٥ . كمال عبد العزيز ص ١٧٤ .
(١٣٩) أحمد مسلم بند ٢٦١ ص ٢٧٨ - ٢٧٩ .
(١٤٠) أحمد مسلم - الإشارة السابقة . فتحى والى - الوسيط
ص ٣٠٣ - ٣٠٤ . العشماوى ص ٥٠٦ . رمزى سيف ص ٣٠٤ . أبو الوفا
بند ٣٤١ ، فنسان وجنشلر ، بند ٢٢٩ ، ص ٢٥٩ .
(١٤١) فتحى والى - الإشارة السابقة - إبراهيم نجيب ص ٢٩٢ .
العشماوى ص ٥٠٦ .

الفرع الثانى

حالات الاشتراك فى الاختصاص المحلى

٢٥١ - تحديد :

هناك حالات أخرى يجعل المشرع الاختصاص المحلى بنظرها مشتركا بين محكمة موطن المدعى عليه ، ومحكمة أخرى يحددها ، ويكون الخيار بينها للمدعى . مع مراعاة أن رفع الدعوى أمام إحدى المحاكم التى يمكن رفع الدعوى إليها من شأنه نزع الاختصاص بالحكم فيها من المحاكم الأخرى . وفيما يلى أهم هذه الحالات :

١ - محكمة الموطن الخاص أو المختار :

إذا ما كان للمدعى عليه موطننا خاصا بحرفته أو تجارته يقع فى دائرة محكمة غير تلك التى يقع فى دائرتها موطنه العام ، فيكون للمدعى الخيار فى رفع الدعوى المتعلقة بالتجارة أو الحرفة على هذا الشخص الى أى من المحكمتين . وكذلك الأمر بالنسبة للموطن المختار بالنسبة لعمل معين ، وكذلك بالنسبة لدعاوى فروع الأشخاص الاعتبارية الخاصة ، فيمكن رفعها اما امام محكمة مركز الادارة الرئيسى أو محكمة مركز الفرع باعتباره موطن مختار للشخص المعنوى (١٤٢) وكذلك اذا اتفق على اختصاص محكمة معينة ، كان الاختصاص لهذه المحكمة أو المحكمة موطن المدعى عليه (م ٦٢) .

٢ - الدعاوى الشخصية العقارية والدعاوى المختلطة :

يكون الاختصاص بالدعاوى الشخصية العقارية والدعاوى المختلطة (١٤٣) للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو لمحكمة موطن المدعى عليه (م ٢/٥٠ مرافعات) ، وذلك نزولا على مقتضيات الازدواج الواقع فى هذه الدعاوى نظرا لأن المطلوب فيها تقرير حق عينى على

(١٤٢) فى هذا المعنى - فتحى والى - الوسيط - ص ٣٠٤ - ٣٠٥
بند ١٧١ ، وانظر فنسان ، وجنشار ، بند ٢٣٢ ص ٢٦٢ .
(١٤٣) رزى سيف بند ٢٥٣ ص ٢٩٧ . أبو الوفا بند ٣٣٧ . فنسان
وجنشار ، بند ٢٣٤ ، ص ٢٦٣ .

عقار استنادا لحق شخص (١٤٤) ومثاله دعوى بطلان العقد وطلب استرداد العقار . والدعوى المرفوعة بعقد غير مسجل للمطالبة بتقرير ملكية المشتري .

٣ - الدعاوى التجارية :

يكون الاختصاص بالدعاوى التجارية ، فيما عدا مسائل الافلاس ، لمحكمة موطن المدعى عليه ، أو للمحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه في دائرتها ، أو للمحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها (م ٥٥ مرافعات) ، وذلك تيسيرا على المدعى في الدعاوى التجارية في أن يختار لدعواه أى من المحاكم المذكورة . ويكون له ذلك ولو لم يكن المدعى عليه تاجرا طالما كانت الدعوى تجارية بالنسبة له (١٤٥) فالمهم أن تكون الدعوى تجارية ، وسواء بعد ذلك رفعت الدعوى الى محكمة مدنية أو الى محكمة تجارية (١٤٦) . ومن ناحية أخرى فإن القاعدة لا تنطبق الا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالعقود أيا كان نوعها ، وإيا كان موضوعها ، أى سواء كان بصحة أو بطلان العقد أو بفسخه أو كان بتنفيذه .

٤ - دعاوى محكمة المدعى - وهى :

أ - دعاوى التوريدات والمقاولات والأجور :

يكون الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والاجراء لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التي تم الاتفاق أو نفذ في دائرتها متى كان فيها موطن المدعى (م ٥٦) . من هذا يتضح أن المشرع قد عقد الاختصاص المحلى بنظر دعاوى التوريدات والمقاولات الخاصة وكذلك أجرة المساكن وأجور العمال

(١٤٤) أحمد مسلم ص ٢٧٠ . رجزى سيف - ص ٢٩٧ . العثمانوى
ص ٤٩٦ . أبو الوفا - الاشارة السابقة . فتحى والى - ص ٣٠٥ .
ابراهيم سعد ص ٤٩٤ ، نقض ١٩٦٣/٣/٢١ ، ص ١٤ ، ص ٣٥٥ .
(١٤٥) أحمد مسلم - ص ٢٧٧ بند ٢٦٠ . فتحى والى - الوسيط
ص ٣٠٦ بند ١٧٣ . ابراهيم سعد ص ٤٩٥ - ٤٩٦ .
(١٤٦) فتحى والى - الوسيط ص ٣٠٦ .

والصانع أما لمحكمة موطن المدعى عليه طابقاً للقاعدة العامة ، وأما لمحكمة موطن المدعى متى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها . ولكن لا يطبق هذا النص بالنسبة للتوريدات أو المقاولات العامة (١٤٧) ، كما لا يطبق بالنسبة للدعاوى التى لا يكون محلها المطالبة بالأجرة بالنسبة لدعاوى أعمال أو الأجراء . وعليه فلا يطبق النص بالنسبة للدعاوى التى يكون موضوعها الحكم بالتعويض عن الفصل فى وقت غير لائق أو المطالبة بمكافأة أو معاش (١٤٨) .

ب - دعاوى النفقة :

يكون الاختصاص بدعاوى النفقة للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو موطن المدعى (م ٥٧) ، وذلك مراعاة لصالح طالب النفقة وحاجته اليها ، الأمر الذى يتطلب - عدالة - عدم تحميله مشقة الانتقال الى محكمة موطن المدعى عليه والتى قد تكون بعيدة ، الأمر الذى يكلفه نفقات انتقال هو فى حاجة اليها ، وقد يعجز عن دفعها ، مما يؤدي الى احكامه عن المطالبة بالنفقة ذاتها ، خاصة اذا علمنا ان الملتزم بالنفقة كثيراً ما ياجأ الى تغيير موطنه عمدا لارهاق من يطالبه بها (١٤٩) . ويكون لطالب النفقة رفع دعواه اما الى محكمة من يطالبه بالنفقة أو محكمته هو ، متى كانت الدعوى متعلقة بالنفقة ، سواء كانت نفقة اقارب أو نفقة زوجية ، وسواء كانت نفقة وقتية أو موضوعية بتقريرها أو تقديرها أو زيادتها . ولكن لا يخضع لهذا النص الدعوى التى ترفع من المنتزم بالنفقة لاسقاطها أو انقاصها ، فترفع الى المحكمة المختصة طبقاً للقاعدة العامة (١٥٠) . وذلك مراعاة لحكمة النص وخصوصيتها .

-
- (١٤٧) فتحى والى - بند ١٧٤ . ابراهيم سعد ص ٤٠٥ . كمال عبد العزيز ص ١٧٦ . عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٧٩ .
(١٤٨) فتحى والى - الاشارة السابقة . ابو الوفا بند ٣٤٢ مكرر .
(١٤٩) عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٧٥ .
(١٥٠) فتحى والى - الوسيط ص ٣٠٩ . ابو الرقا بند ٣٤٣ ، المذكرة لايضاحية للقانون الجديد . عكس ذلك كمال عبد العزيز ص ١٧٧ .

ج - دعاوى المطالبة بقيمة التأمين :

المنازعات المتعلقة بطلب قيمة التأمين يكون الاختصاص بها للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه (م ٥٨) . وذلك ايا كان نوع هذا التأمين ، مراعاة لمصلحة المستفيد ، وتجنبيه مشقة الانتقال الى مركز ادارة شركة التأمين الرئيسى ، للمطالبة بقيمة التأمين ، حيث تكون هذه المحكمة بعيدة ولا تكون للشركة فرع قريب من مقر المستفيد . ومن ثم يكون له الخيار فى رفع دعواه اما امام محكمته ، او امام محكمة المال المؤمن عليه ، ان كان التأمين على مال ، او امام محكمة مركز الادارة الرئيسى لشركة التأمين . ويقتصر هذا النص على دعاوى المطالبة بقيمة التأمين سواء رفعت من المستفيد او من ورثته او من المؤمن نفسه ، دون الدعاوى الاخرى المرفوعة لابطال العقد او فسخه ، او المرفوعة من الشركة للمطالبة بقيمة .

د - انتفاء موطن المدعى عليه وكذلك محل اقامته :

اذا لم يكن للمدعى عليه موطن عام او خاصا ولا محل اقامة له بالجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة بموجب الأحكام المقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى او محل اقامته « م ٦١ مرافعات » .

ه - الدعاوى الوقتية أو المستعجلة :

يكون الاختصاص بنظر الدعاوى الوقتية أو المستعجلة ، فيما عدا اشكالات التنفيذ . لمحكمة الموضوع المختصة ايا كان أساس اختصاصها ، اذا رفعت الدعوى الوقتية بالتبعية اليها . اما اذا رفعت على استقلال فانها ترفع اما الى محكمة موطن المدعى عليه طبقا للقاعدة العامة ، واما الى المحكمة المطلوب حصول الاجراء فى دائرتها « م ١/٥٩ » .

اما الدعاوى الوقتية المتعلقة بالتنفيذ ترفع الى قاض التنفيذ المختص ١/٥٩ ، وهو اما القاض الذى يقع فى دائرته المال المنفذ عليه « المنقول ان كان فى حيازة المدين ، والعقار كله او جزء منه » او محكمة موطن المحجوز لديه فى حجز ما للمدين لدى الغير (١٥٢) .

(١٥١) فتى والى - ص ٣١٠ - العشماوى بند ٤٠٢ . ابراهيم

سعد بند ٢٠٤ .

(١٥٢) انظر فى الاختصاص المحلى لقاض التنفيذ . لمؤلف التعارض العامة فى التنفيذ سنة ١٩٨٠ ص ٢٣٩ - ٢٤٢ . فتى والى - التنفيذ الجبرى سنة ١٩٨٠ بند ٧٨ ص ١٣٩ وما بعدها .

المبحث الرابع

الاختصاص المتعلق بالوظيفة

Competenza Funzionale

٢٥٢ - التعريف به :

يضيف الفقه الايطالى (١٥٣) الى معايير الاختصاص ، معيارا آخر يطلقون عليه « الاختصاص الوظيفى » وهو الذى يحدد اختصاص المحكمة بالنظر الى وظيفتها ، أى نوع النشاط القضائى الذى تقوم به . وهو بذلك مجرد محدد من محددات الاختصاص داخل محاكم الجهة القضائية الواحدة ، بالنظر الى نوع النشاط الذى تقوم به كل محكمة داخل ولاية الجهة التابعة لها ، ويكون بالنسبة للمحاكم التى تبأشر وظيفة القضاء بالنسبة لخصومات معينة ، لا تبأثرها بالنسبة لغير ذلك من خصومات (١٥٤) .

ويقتررب الاختصاص الوظيفى من الاختصاص المحلى المتعلق بالنظام العام (١٥٥) . ويفترق عما يطبق عليه الفقه المصرى « الاختصاص لوظيفى » ، والذى مؤداه توزيع ولاية قضاء الدولة على جهات القضاء بها . والذى عرضنا له فيما سبق باسم « ولاية القضاء » ، خاصة وأن لفقه المصرى لم يلتزم هذه التسمية ، وهو بصدد شرح قواعد الاختصاص

(١٥٣) انظر كيوفندا - مبادئ ص ٥٢٥ وما بعدها . كارنيلىوتى نظام - ج ١ ص ٢٥٣ وما بعدها . ردفنى ج ٢ - ص ١١٣ وما بعدها - ساتا ص ١٧ بند ٨ . أوجوروكو - مطول ج ٢ ص ٤٦ وما بعدها . ومقاتله عن الاختصاص المدنى - المشار اليها ص ٧٥٦ . كوستا ص ١٤٤ وما بعدها بند ١٠١ - زانزوكى ج ١ ص ٢٨١ بند ٦٨ - فاراندا - أهلية القاضى ص ١٥٦ - ١٥٧ ، ١٦٠ وما بعدها . مع ملاحظة أن هذا النوع من الاختصاص لم يتضمنه بعد قانون المرافعات الايطالى . انظر كوستا ص ١٧ . أوجو اندريا ص ٤١ بند ٢١ .

(١٥٤) أوجوروكو - مقالة ص ٧٥٠ ، ٧٥٦ . كوستا . بند ١٠١

ص ١٤٤ .

(١٥٥) كيوفندا - مبادئ ص ٥٢٦

الوظيفى ، وانما يتحدث عن فكرة الولاية . فيقرر أن الحكم مثلا قد صدر من محكمة فى ولايتها أو فى غير ولايتها . وقد درجت محكمة النقض على التعبير عن الاختصاص الوظيفى بالاختصاص الولائى . اما الاختصاص الوظيفى فى نظر الفقه الايطالى فهو مجرد معيار لتوزيع ولاية الجهة الواحدة على محاكمها المختلفة وفقا لوظيفة كل منها (١٥٦) .

٢٥٣ - حالات الاختصاص المتعلق بالوظيفة :

يدخل الفقه الايطالى عدة حالات فى هذا النوع من الاختصاص أهمها (١٥٧) :

١ - الاختصاص بحسب الدرجة : Competenza per Gradi

يدخل الفقه الايطالى اختصاص محاكم الطعن فى هذا النوع من الاختصاص ، اذ أن محاكم الطعن لا تنظر فى دعاوى مبتدأة ، وانما تتمثل وظيفتها فى الفصل فى طعون عن أحكام صادرة من محاكم أخرى ، واختصاصها بالطعون لا يتحدد على أساس من الاختصاص القيمى أو النوعى ، ولا على أساس قاعدة من قواعد الاختصاص المطلق ، وانما على أساس وظيفة محكمة الطعن بالنسبة لأحكام معينة . فاذا تحدد الاختصاص بنظر دعوى معينة لمحكمة الدرجة الأولى . فيتربط على ذلك تحديد محكمة الدرجة الثانية التى تنظر الطعن فى الحكم الصادر فى هذه الدعوى ، من حيث نوعها ومن حيث مكانها . فمجرد امكانية رفع دعوى معينة أمام أكثر من محكمة من محاكم الدرجة الأولى لا تحدد لنا المحكمة المختصة بنظر الطعن فى الحكم الصادر فيها ، اذ أن الحكم الصادر من احدها لا يمكن أن يطعن فيه أمام أية محكمة استئناف من محاكم الاستئناف التى تتبعها محاكم الدرجة الأولى المتعددة . وانما رفع الدعوى

(١٥٦) مع مراعاة أن الاختصاص الوظيفى لا تقتصر على المحاكم القضائية ، وانما يعمل به بالنسبة لأعوان القضاء أيضا وغيرهم . انظر فى ذلك أوجوروكو - مقالة بند ٢٤ ص ٧٥٨ .

(١٥٧) انظر فى هذه الحالات بالتفصيل فى كيوغندا - مبادئ ص ٥٢٥ وما بعدها . كوستا ص ١٤٥ وما بعدها . أوجوروكو - مطلق ص ٤٦ وما بعدها . ومقالة ص ٧٥٦ .

بالفعل أمام محكمة جزئية أو ابتدائية معينة من بين المحاكم التى كان يمكن رفع الدعوى إليها ، يحدد لنا المحكمة المختصة بنظر الطعن ، وهى المحكمة التى حددها المشرع للقيام بالفصل فى الطعن فى أحكام هذه المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . وعلى ذلك لو كان من الممكن رفع الدعوى أمام محكمة منيا القمح الجزئية باعتبارها محكمة موطن المدعى عليه ، وأمام محكمة مصر الجديدة الجزئية باعتبارها محكمة إبرام وتنفيذ العقد ، وحدث ورفعت الدعوى بالفعل أمام محكمة منيا القمح الجزئية . فإن المحكمة التى تختص بالفصل فى الطعن عن هذا الحكم هى محكمة الزقازيق الابتدائية ، وليست محكمة شمال القاهرة الابتدائية ، إذ تنحصر وظيفة المحكمة الأولى فى الفصل فى الطعون الصادرة عن محكمة منيا القمح الجزئية .

ووفقا للتشريع المصرى ، فإن المحكمة الابتدائية « الاستئنافية » تختص وظيفيا بالحكم فى قضايا الاستئناف التى ترفع عن الأحكام الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الجزئية ، وكذلك الصادرة عن قاضى الأمور المستعجلة ومحاكم التنفيذ (١٥٨) ، التابعة لها أى الواقعة فى دائرة اختصاصها المكانى « م ٢/٤٧ ، ٢٧٧ معدلة بالقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ » . أما محكمة الاستئناف فإنها تختص وظيفيا بنظر قضايا الاستئناف عن الأحكام الصادرة ابتدائيا عن المحاكم الابتدائية التابعة لها ، وعن محاكم التنفيذ الواقعة فى دائرة اختصاصها « متى جاوزت قيمة الدعوى الموضوعية خمسمائة جنيه » « م ٤٨ ، ٢٧٧ مرافعات معدلة » . أما محكمة النقض ، فإنها محكمة وحيدة يرفع إليها جميع الطعون بالنقض عن أحكام محاكم الاستئناف فى الحالات التى ينص عليها القانون « م ٢٤٨ » (١٥٩) - أما الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض ، وإن كانت لا تعد طبقة من طبقات المحاكم ، إلا أن اختصاصها يتعلق بوظيفتها (١٦٠) .

(١٥٨) وذلك بالنسبة للمنازعات الموضوعية التى لم تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه ، وكذلك جميع المنازعات الوقتية أيا كانت قيمتها .
(١٥٩) أنظر أوجوروكو - مقالة ص ٧٥٧ بند ١٨
(١٦٠) أوجوروكو - الإشارة السابقة .

٢ - الاختصاص بالحكم والاختصاص بالتنفيذ :

Cognizione ed Esecuzione

يحدد المشرع محاكم للفصل فى الدعاوى التى ترفع اليها ، كما قد ينشئ محاكم أخرى يخصصها بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالتنفيذ الجبرى ، وبالتالي توجد محاكم للحكم وأخرى للتنفيذ (١٦١) . ولقد أنشأ المشرع المصرى بقانون المرافعات الحالى محكمة خاصة للتنفيذ ، أولاها الفصل فى كل منازعات التنفيذ الموضوعية والوقفية مهما كانت قيمة الدعوى « م ٢٧٥ » ، وهذه المحكمة لا تباشر وظيفتها الا بالنسبة لهذا النوع من المنازعات . وعلى ذلك تختص وظيفيا بالفصل فى منازعات التنفيذ كافة .

٣ - الاختصاص بالدعاوى المستعجلة :

يعد اختصاص محكمة الأمور المستعجلة من قبيل الاختصاص المتعلق بوظيفة هذه المحكمة (١٦٢) ، اذ أنها لا تختص الا بنظر هذا النوع من الدعاوى .

٤ - الاختصاص بمسائل الافلاس :

تنص المادة ٥٤ من قانون المرافعات على أن الاختصاص بمسائل الافلاس يكون للمحكمة التى قضت به . وهى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل التاجر المراد شهر افلاسه . فهذه المحكمة تختص بالفصل فى كل مسألة من مسائل الافلاس الذى قضت به ، بغض النظر عن قيمتها . ونرى لذلك أن هذا الاختصاص متعلق بوظيفة هذه المحكمة بالنسبة لهذه المسائل . ولهذا فهى تختص بنظر كافة المسائل المتعلقة بالافلاس ، بغض النظر عن أية قاعدة اختصاص أخرى ، ومن ثم فهى تختص بنظرها ولو كانت دعاوى وقتية أو كانت متعلقة بحق عينى عقارى (١٦٣) .

(١٦١) كيوفندا ص ٥٢٧ . وانظر حالات الاختصاص بدعاوى التنفيذ

فى القانون الايطالى كوستا - ص ١٤٧ .

(١٦٢) انظر كوستا - ص ١٤٦ .

(١٦٣) فتحى والى - الوسيط ص ٣٠٤ بند ١٧٠ . ابراهيم سعد

ص ٤٩٢ .

٥ - الاختصاص بدعاوى الشركات والتركات :

تقضى المدة ٥٢ مرافعات. مصرى على اختصاص المحكمة « محليا » التى يقع فى دائرتها المركز الرئيسى لادارة الشركة أو الجمعية أو المؤسسة الخاصة بالدعوى التى ترفع عنها على أحد الشركاء أو الأعضاء بها وكذلك تلك التى ترفع من أحد الأعضاء أو الشركاء على عضو أو شريك آخر . ويعد هذا الاختصاص من قبيل الاختصاص الوظيفى ، ولهذا فتطبق هذه القاعدة بغض النظر عن أية قاعدة اختصاص أخرى . ونفس الامر بالنسبة للاختصاص المحلى بدعاوى التركات ، اذ ان جميع الدعاوى المتعلقة بالتركات قبل قسمتها والتى ترفع من الدائن أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن كان للمتوفى (م ٥٣) بغض النظر عن أية قاعدة اختصاص أخرى .

٦ - الاختصاص بتفسير الحكم :

اذا شاب حكم من الأحكام غموضا معينا ، لزم لذلك تفسيره وصولا الى منطوقه ، وتختص المحكمة التى أصدرته وحدها بتفسير هذا الحكم ، فلا تستطيع غيرها القيام بهذه المهمة لعدم اختصاصها به ، سواء كانت محكمة جزئية أو ابتدائية أو محكمة استئناف ، فلا تملك المحكمة الابتدائية تفسير حكم صادر من المحكمة الجزئية كما لا تملك محكمة الاستئناف تفسير حكم صادر من محكمة ابتدائية (١٦٤) .

٧ - الاختصاص بتصحيح الأخطاء المادية :

تختص المحكمة التى أصدرت الحكم وحدها بتصحيح ما يقع فى حكمها من أخطاء مادية بحتة ، كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة (م ١٩١ مرافعات) . والغرض أن المحكمة التى أصدرت الحكم هى وحدها وليس غيرها المختصة بتصحيح الأخطاء المادية البحتة . ولكن محكمة النقض

(١٦٤) انظر المادة ١٩٢ مرافعات . واحمد ابو الوفا - نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ١٩٧٧ بند ٣٧٧ ص ٧٥٩ .

فد أجازت لمحكمة الاستئناف أن تجرى تصحيح ما وقع فى الحكم المطعون فيه من أخطاء مادية (١٦٥) .

٨ - الاختصاص بالفصل فى المصروفات وتقديرها : توجب المادة ١٨٤ مرافعات على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها فى مصاريف الدعوى وعقابل اتعاب المحاماة وتلزم بها الخصم المحكوم عليه أو بقسمتها بينهم أن تعددوا ، أو حتى الخصم المحكوم له . وهى وحدها التى تختص بذلك . وتقدر هذه المصروفات فى الحكم ذاته أو على عريضة مقدمة الى رئيس الهيئة التى قضت فى الدعوى (المواد ١٨٤ - ١٨٩ مرافعات)

٢٥٤ - موقف الفقه المصرى من الاختصاص بالوظيفة :

لم يستخدم فقه المرافعات المصرى اصطلاح « الاختصاص المتعلق بالوظيفة » للذلالة على الحالات التى ذكرناها آنفا ، وإنما تحدث بعضه عنه تعبيراً عن توزيع ولاية قضاء الدولة على جهاتها القضائية المختلفة (١٦٦) .

غير أن جانباً من الفقه الحديث (١٦٧) قد تحدث عن الاختصاص المتعلق بالوظيفة وحالاته فى القانون المصرى ، ولكن تحت مسمى آخر هو « الاختصاص التبعى المسمى (المطلق) » ، ويعرفونه بأن المحكمة التى تبأثر إجراءات معينة تختص بمعناها بالمسائل المتفرعة عن هذه الإجراءات ، بغض النظر عن قواعد الاختصاص الأصلى للحاكم ، وذلك أيا كانت هذه المحكمة جزئية أو ابتدائية ، محكمة استئناف أو نقض . وتختص المحكمة بهذه المسائل سواء قدمت إليها فى صورة طلب عارض أثناء نظر الدعوى الأصلية أو فى صورة طلب أصلى بعد الحكم فيها .

(١٦٥) نقض ١٩٧٩/١/٩ فى الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٠ ق . أشار إليه

أبو الوفا فى هامش ص ٧٤٢ .

(١٦٦) أحمد أبو الوفا - المرافعات ، ص ٣٧٨ ، بند ٢٣١ وما بعدهما

(١٦٧) وجدى راغب ، مبادئ القضاء المدنى - ط أولى - ١٩٨٧ ،

ص ٢٧٤ ، وما بعدها . قارن أبو الوفا - المرافعات بند ٣٦٥ ، ص ٤٣٣ .

ويقرر أن هذه الحالات تدخل ولاية المحكمة التبعية أو التكميلية ، وبند ٥٣٦ ،

ص ٧١٢ .

وهو اختصاص تبعى لأن المحكمة لا تختص به الا بسبب اختصاصها بالاجراءات الاصلية ، وهو حتمى لأن المحكمة تختص به دون غيرها من المحاكم (١٦٨) ، وهو مطلق لأنه متعلق بالنظام العام .

ومن أمثلة هذا الاختصاص ، الاختصاص بالحكم بمصروفات التقاضى وتقديرها (المواد ١٨٤ - ١٩٠ مرافعات) . والاختصاص بطلب تصحيح الأحكام من الأخطاء المادية (م ١٩١ مرافعات) ، وطلبات تفسيرها (م ١٩٢) ، ونظر طلبات التماس اعادة النظر فيها (م ٢٤٣ مرافعات) ، والاختصاص بمسائل الافلاس (م ٤٢ مرافعات) وبمسائل التنفيذ (م ٢٧٤ - ٢٧٦ مرافعات) .

وهذه الحالات هى نفسها التى ذكرناها كمالات للاختصاص المتعلق بالوظيفة .

ومن الجدير بالذكر ، أن هذا الفقه يفرق بين الاختصاص التبعى الحتمى (المطلق) هذا ، وبين الاختصاص التبعى الجوازى (النسبى) ، والذى يعرفونه بأن المحكمة التى تختص بالدعوى الاصلية تختص أيضا بما يفرع عنها من مسائل اذا أثبت امامها ولو لم تكن تدخل فى اختصاصها الاصلى . وهذا الاختصاص يفتقر على سابقه فى أن الاول اختصاص حتمى فى حين أن الثانى جوازى أى مشترك بين المحكمة التى تنظر الدعوى الاصلية والمحاكم الاخرى ، فضلا عن أن الاختصاص التبعى الجوازى لا يثبت للمحكمة الا اذا أثبتت الطلبات امامها اثناء نظر الدعوى قبل الفصل فيها (١٦٩) .

(١٦٨) وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسى « الاختصاص التام »
Compétence exclusive " أنظر فنسان وجنشار ، ص ١٥٧ بند ١١٥

بند ٢٦٩ ، ص ٢٩٠ - ٢٩٢ .
(١٦٩) أنظر فى تفاصيل هذا الخلاف ، وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٢٧٨ - ٢٧٩ .

المبحث الخامس

الاختصاص بالمسائل الفرعية وتأثيرها على قواعد الاختصاص

٢٥٥ - تمهيد :

كثيرا ما تتعدد الطلبات فى الخصومة . فقد يضيف المدعى الى طلباته الاصلية طلبات جديدة ، وقد يتقدم المدعى عليه بطلبات فى مواجهة طلبات المدعى ، أو يثير دفوعا معينة بشأنها ، وقد يوجد ثمة ارتباط بين دعويين يؤدى الى ضمهما أو احالة احداها الى الأخرى . وفى كل هذه الحالات يتسع نطاق الخصومة ، وحرصا من المشرع على وحدة الخصومة ، وعدم تقطيع أوصالها ، واختصاصا فى الوقت ، واقتصادا فى النفقات ، أدخل المشرع سلطة الفصل فى هذه الطلبات الى المحكمة التى تفصل فى الدعوى الأصلية كقاعدة عامة . الا انه فى حالات معينة قد تخرج الطلبات الجديدة أو الدفوع عن اختصاص أو سلطة المحكمة المرفوع امامها الطلب الأصلى ، فهل تظل - مع ذلك - مختصة بالفصل فيها ؟ أم أنها لا تكون كذلك ؟ . وبعبارة أخرى ، فما هو أثر هذه الطلبات والدفوع على قواعد الاختصاص .

نتكلم أولا عن الاختصاص بالطلبات العارضة وما فى حكمها ، ثم نتحدث بعد ذلك عن تأثيرها على قواعد الاختصاص .

المطلب الأول

الاختصاص بالمسائل الفرعية

٢٥٦ - المقصود بها :

يقصد بالمسائل الفرعية ، تلك المسائل التى تنفرع عن الخصومة الأصلية ، سواء كانت طلبات عارضة أو مرتبطة ، وإيا كانت الطريقة التى رفعت بها ، وكذلك الدفوع المثارة فيها :

الفرع الأول

الاختصاص بالطلبات العارضة والمرتبطة

١ - تعريفها وأنواعها

٢٥٧ - الطلبات العارضة *demandes incidentes*

هى تلك الطلبات التى تقدم أثناء سير الخصومة فى طلب أو طلبات أصلية ، وتتناول بالتغيير - زيادة أو نقصا - فى تلك الطلبات ، اما فى موضوعها واما فى سببها أو أطرافها .

وهذه الطلبات تقدم اما من المدعى ، ليعدل بها طلباته الأصلية وتسمى فى هذه الحالة « طلبات اضافية *demandes additionnelles* » ، واما من المدعى عليه ، ردا على طلبات المدعى ، وتسمى « دعاوى المدعى عليه *demandes reconventionnelles* » ، واما من شخص أو على شخص لا يعتبر طرفا فى الخصومة الأصلية ، كما فى حالات التدخل *intervenien* والاختصاص .

اما الطلبات المرتبطة *Connexités* ، فهى تلك الطلبات التى ترتبط بطلبات أخرى مرفوعة بالفعل الى القضاء برابطة معينة ، أى بصلة بين دعويين بحيث يكون الحكم فى احداها من شأنه التأثير فى الحكم فى الأخرى (١٧٠) . وقد يصل الارتباط الى حد عدم القابلية للتجزئة ، بحيث يصعب فصلهما ، وقد لا يصل الارتباط الى هذه الدرجة اذ قد يوجد مجرد وحدة السبب فى الطلبين أو الموضوع أو الخصوم . وتقدير توافر الارتباط من عدمه من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض ، متى تبنى حكمها على أسباب سائغة تكفى لحمله (١٧١) .

(١٧٠) فتحى والى - الوسيط ، بند ١٧٨ ، احمد مسلم ، ص ٢٤٥ .
(١٧١) نقض ١٩٧٥/١٢/٢٢ ، س ٢٦ ، ص ١٦٤٠ ، نقض ١٩٦٤/٧/٧ ، س ١٥ ، ص ٩٤٧ . رمزي سيف ص ٤٠٤ ، جابيو ، بند ٦٦٢ ، موريل ، بند ٢٨٣ ، جالسون وتسييه ، ج ١ ، بند ٢٧٨ .

والطلبات ان رفعت باجراءات الطلبات العارضة ، كانت طلبات عارضة ، وان رفعت بصحف مستقلة ، اى بصفة أصلية أمام المحكمة ذاتها المرفوع أمامها دعوى مرتبطة بهما ، أو أمام محكمة أخرى ، كانت طلبات مرتبطة ودعاوى مستقلة رغم ارتباطها بدعاوى أخرى مرفوعة الى القضاء . ومن الأوفق جمع هذه الدعاوى فى خصومة واحدة تنظر من محكمة واحدة ، تجنباً لصدور أحكام متعارضة يصعب التوفيق بينها ، واختصاراً للوقت واقتصاداً فى النفقات وعملاً على حسن سير العدالة . ويتم هذا الجمع عن طريق ما يعرف « بضم الدعاوى » بقرار من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، ويكون ذلك فى حالة رفع الدعاوى المرتبطة بصحف مستقلة أمام محكمة واحدة . أو عن طريق الاحالة للارتباط اذا رفعت الدعاوى المرتبطة أمام محاكم مختلفة ، وذلك بقرار من اى منها باحالة الدعوى المرفوعة اليها الى المحكمة الأخرى المرفوع أمامها الدعوى المرتبطة ، بناء على طلب أحد الخصوم .

- أثر ضم الدعويين أو الاحالة :

اذ قررت المحكمة ضم دعوى الى أخرى ، أو احالة دعوى الى أخرى للارتباط ، ليصدر فيهما حكم واحد ، تسهلاً للإجراءات ، فان ذلك ليس من شأنه أن يفقد كل منها استقلالها وذاتيتها ، ودمجها معا ولو اتحد الخصوم فيهما ، وبالتالي لا يغير هذا الضم من قابلية الحكم المنهى للخصومة فى احداها من الطعن فيه على استقلال (١٧٢) . وإنما الذى يؤدى الى دمج الدعويين المنضمين معا ، وفقد استقلال كل منهما عن الأخرى ، هو اتحاد الدعويين سبباً وخصوصاً (١٧٣) ، أو أن يكون

(١٧٢) نقض ١٩٨٩/١٠/١٥ (ايجارات) فى الطعن ٢١٣٧ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٩/٦/٢٨ فى الطعن ١٧١٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٨/٣/١٠ فى الطعن ٦٢١ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٧/٣/٨ فى الطعن ١٢٧٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعن ١٦١ ، ٦٤١ ، ٦٢٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/٤/٢٤ فى الطعن ٢٣٧٦ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٠/١١/٦ ، ٣١ ق ، ١٨٩٩ ، ١٩٧٩/٣/٢٩ ، س ٣٠ ، ص ١٧٦ .

(١٧٣) نقض ١٩٨٩/١٠/١٥ ، الطعن ٢١٣٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٩/٦/٢٨ ، الطعن ١٧١٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٨/٣/١٠ فى الطعن ٦٢١ لسنة ٥١ ق ، والأحكام المشار اليها فى الهامش السابق ، ١٩٨٧/٦/٤ فى الطعن ٢١٢٢ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٩٨٤/٥/١٨ ، فى الطعن ١٨٨٥ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٨٤/٣/١٥ فى الطعن ١٢٨٥ لسنة ٥٣ ق .

الدائب فيهما واحدا ، أى أن يكون الطلب فى احداها هو نفسه المطلوب فى الأخرى ، أو هو الوجه الآخر له (١٧٤) ، مع الاتحاد فى السبب والصوم . وفى هذه الحالة الأخيرة تندمج الدعويان وتفقد كل منهما استقلالها ، ويضحي الطلب المقام به أى منهما مجرد شق فى دعوى واحدة ، وتعجيل احداها يعد تعجيلا للأخرى (١٧٥) .

ب - الاختصاص التبعى بالمسائل الفرعية

٢٥٨ - الاختصاص الموضوعى (القيمى أو النوعى) :

لما كانت الطلبات العارضة والمرتبطة ، ترتبط بالطلب الأصلى برابطة معينة ، فإن المنطق القانونى يوجب عقد الاختصاص بنظرها للمحكمة ذاتها المرفوع أمامها الطلب الأصلى ، وذلك حفاظا على وحدة الخصومة ، ومنعا من تقطيع أوصالها بعرضها على محاكم مختلفة ، وتجنبنا من صدور أحكام متعارضة فى طلبات مرتبطة يصعب التوفيق بينها ، وتمكينا للمحكمة من القيام بواجبها فى تحقيق القانون من الاطلاع على الدعوى بمختلف جوانبها .

ولهذا تعترف الأنظمة كافة ، ومنها النظام المصرى بقاعدة عامة فى هذا الصدد تعرف « بقاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع » (١٧٦) . أى أن قاضى الدعوى الأصلية يختص بالفصل فى كل الطلبات العارضة والمرتبطة بها مهما تكن قيمتها أو نوعها .

الا أن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى منا أن نحدد نطاق انطباقها بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى (١٧٧) فى نظامنا القضائى ، وهى المحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية ، وذلك على التفصيل الآتى :

(١٧٤) نقض ١٩٨٩/١٠/١٥ فى الطعن ٢١٣٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ المشار إليه .

(١٧٥) نقض ١٩٨٩/٦/٢٨ فى الطعن ١٧١٨ لسنة ٥٢ ق ، راجع نقض ١٩٧٧/٢/٨ فى الطعن ٧٣٤ لسنة ٤١ ق .

(١٧٦) الفرع يتبع الأصل L'accessoire suit le principal

رمزى سيف ص ٣٣١ . أنظر فنسان ، بند ٢٧٣ ، ص ٢٩٥ .
(١٧٧) اعتبارا بأن هذه القاعدة لا يعمل بها أمام محاكم الدرجة الثانية ، حيث لا تقبل طلبات جديدة فى الاستئناف . أنظر وجدى راغب ، ص ٢٧٩ .

أ - اختصاص المحاكم الابتدائية بالطلبات العارضة والمرتبطة :

تقضى المادة ٤٧ / ٣ من قانون المرافعات باختصاص المحكمة الابتدائية بالطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها ، أى حتى لو كانت هذه الطلبات تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية بسبب قيمتها أو نوعها لو رفعت على استقلال . وعليه ان رفعت دعوى أمام المحكمة الابتدائية بالزام المدعى عليه بآداء مبلغ ألفين جنيه ، فطلب المدعى عليه الزام المدعى بدفع مبلغ أربعمئة جنيه وإجراء المقاصة بينهما ، فإن المحكمة الابتدائية تختص بالفصل بهذا الطلب العارض المبدى من المدعى عليه رغم أن قيمته تدخل فى نصاب المحكمة الجزئية . وكذلك تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبات العارضة أو المرتبطة ولو دخلت هذه الطلبات فى الاختصاص النوعى للمحاكم الجزئية ، وعلى ذلك تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى المسائل المستعجلة أو الوقتية المرفوعة إليها بطريق التبعية (م ٣/٤٥ مرافعات ، ٣/٤٧) كالحكم فى طلب الحراسة المثار فى دعوى الملكية . كما تختص بالفصل فى الطلبات العارضة والمرتبطة ولو تعلقت بمواد تجارية أو عمالية تدخل فى الاختصاص النوعى لبعض المحاكم الجزئية (١٧٨) .

إذا كانت هذه هى القاعدة ، فماذا يكون عليه الأمر لو أن الطلب العارض قد أنقص قيمة الطلب الأصلي ، حتى أصبح يدخل الأخير فى اختصاص المحكمة الجزئية ؟

ذهب رأى الى القول بأن المحكمة الابتدائية تختص بما لها من اختصاص عام بالحكم فى الطلب العارض ولو كان من شأنه تعديل قيمة الدعوى الأصلية ، بحيث تصبح من اختصاص المحكمة

(١٧٨) أنظر نقض ١٩/٢/١٩٨٠ فى الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٤٤ ق ،
١٩٧٤/٥/١١ ، س ٢٥ ، ص ٨٥٤ ، ١٣/١٢/١٩٦٢ ، س ١٣ ،
ص ١١٤٠ .

الجزئية (١٧٩) . بينما ذهب رأى آخر (١٨٠) - وبحق - الى ان المحكمة الابتدائية لم تعد مختصة بالطلب الاصلى - نظرا لان قيمته قد اصبحت فى نصاب المحكمة الجزئية ، فالدعوى تقدر على أساس آخر طلبات الخصوم (م ٣٦ مرافعات) ، ومن ثم فان الطلب الاصلى يقدر على أساس الطلب العارض الذى عدل به المدعى طلبه . وبما أن المحكمة الابتدائية لم تعد مختصة بالطلب الاصلى ، فانها لا تختص بالفصل فى الطلب العارض . اذ أن اختصاصها بالفصل فيه انما يستند الى اختصاصها بالطلب الاصلى والذى لم تعد مختصة به .

ب - اختصاص المحاكم الجزئية بالطلبات العارضة والمرتبطة :
أما بالنسبة للمحكمة الجزئية ، فلا تطبق بشأنها قاعدة « قاضى الاصل هو قاضى الفرع » الا اذا دخلت الطلبات العارضة أو المرتبطة فى اختصاصها نوعيا أو قيميا . وفى هذا تنص المادة ٤٦ مرافعات على عدم اختصاص « محكمة المواد الجزئية بالحكم فى الطلب العارض او الطلب المرتبط بالطلب الاصلى اذا كان بحسب قيمته أو نوعه لا يدخل فى اختصاصها » . واذا خرج الطلب العارض عن اختصاص المحكمة الجزئية اما نظرا لقيمه أو نوعه ، فللمحكمة الجزئية أن تحكم فى الطلب الاصلى وحده ، مع احوالة للطلب العارض الى المحكمة الابتدائية لتفصل فيه ، وذلك من تلقاء نفسها ، اذا رأت أن الفصل بين الطلبين لا يترتب عليه اضرار بسمير العدالة ، أى لا يؤثر على قدرة الخصم على الاثبات أو قدرة المحكمة على تحقيق الطلب الاصلى والفصل فيه (١٨١) .

فاذا ترتب على الفصل بين الطلبين ضرر بسمير العدالة ، فعلى المحكمة الجزئية أن تحيل الدعوى بكل طلباتها ، الاصلية والعارضة أو

(١٧٩) رمزى سيف - ص ٣٣١ ، بند ٢١٦ . كمال عبد العزيز
ص ١٦٧ . ونقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٠ ، س ١٧ ، ص ٢٦٩ .
(١٨٠) فتوى والى - قانون التضاء المدنى ص ٥٤٤ - ٥٤٥ هامش (٥)
الوسيط ص ٣١٨ هامش (٤) . ابراهيم نجيب سعد ص ٤٣٩ . أبو الوفا
بند ٣٠٩ . وانظر نقض ١٩٦٦/٦/١٦ ، س ١٧ ، ص ١٤١٥ .
(١٨١) فتوى والى - الوسيط - ص ٣١٩ .

المرتبطة ، الى المحكمة الابتدائية لتحكم فيها جميعا . ويكون قرار الاحالة بحكم نهائى لا يقبل الطعن فيه باى طريق من الطرق (م ٤٦ مرافعات) .

٢٥٩ - الاختصاص المحلى :

وغنى عن البيان القول بانه فى الحالات التى تختص فيها محكمة الطلب الاصلى بالفصل فى الطلبات العارضة أو المرتبطة ، تكون هذه المحكمة مختصة بالفصل فيها ولو خرجت هذه الطلبات عن اختصاصها المحلى ، لو رفعت اليها على استقلال (م ٦٠ مرافعات) . وعلى ذلك تختص المحكمة المرفوع أمامها دعوى تثبيت ملكية عقار (وهى محكمة موقع العقار) بالفصل فى طلب الحكم بإيراداته أو التعويض عن غصبه أو بالفصل فى دعوى صحة عقد الايجار الصادر بشأنها ، رغم أن هذه الطلبات لو رفعت على استقلال ، وبصفة أصلية يجب رفعها الى محكمة موطن المدعى عليه فيها (١٨٢) .

فالارتباط بين طلبين يبرر الخروج على قواعد الاختصاص المحلى ، سواء كان الطلبان مرفوعين بصحيفتين أمام محكمة واحدة ، أو أمام محكمتين مختلفتين .

وهذه القاعدة مطلقة ، لا يخرج من عمومها الا دعوى الضمان الفرعية ، حيث يجيز المشرع للمدعى عليه فى دعوى الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة اذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم أمام هذه المحكمة الا بقصد جلبه الى محكمة غير محكمته .

الفصل الثانى

الاختصاص بالدفع

١ - تعريفها وأنواعها

٢٦٠ - الدفع L'exception بمعناه العام يطلق على كل وسائل الدفاع moyens des défense التى يقدمها الخصم اللاجابة على طلبات

نخصمه بقصد تفادى الحكم له بها (١٨٣) ، سواء كانت موجهة الى الخصومة أو اجراءاتها ، أو موجهة الى موضوع الحق المدعى به ، أو الى سلطة الخصم فى استعمال دعواه منكرها عليه حقه فيها .

أما الدفع بمعناه الخاص فى قانون المرافعات ، فهو الدفع الموجه الى اجراءات الخصومة أو سلطة المحكمة بشأنها (١٨٤) ، وهى بصفة عامة الدفع الاجرائية مثل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم اختصاص المحكمة وغيرها . أما وسائل الدفاع الموجهة الى موضوع الدعوى فتعرف بالدفع الموضوعية ، والوسائل التى ينكر بها الخصم على خصمه سلطته فى استعمال الدعوى ، فتعرف بالدفع بعدم القبول .

ب - الاختصاص بالدفع

٢٦١ - تثار هذه الدفع - بأنواعها - اثناء نظر الدعوى فى طلب أصلى أو حتى طلبات عارضة ، فليس من المتصور أن تثار هذه الدفع فى دعاوى أصلية ، فان تصورنا ذلك كانت هذه الدفع بمثابة طلبات أصلية وليست دفعوا .

وإذا كان ذلك ، وكانت الدفع - بصفتها هذه - تثار أمام المحكمة اثناء نظر الدعوى الأصلية ، فهل تختص هذه المحكمة بالفصل فى كل ما يثار أمامها من دفع ؟ فى سبيل الاجابة على هذا التساؤل ، أورد المشرع قاعدة عامة ، ثم اتبعها بعدد من الاستثناءات ، وذلك على النحو الآتى :

٢٦٢ - القاعدة العامة : قاضى الدعوى هو قاضى الدفع :

يقرر المشرع أن « قاضى الدعوى هو قاضى الدفع

(١٨٣) انظر تفصيلا أبو الوفا : نظرية الدفع - قانون المرافعات ، ط ٨ ، منشأة المعارف ، ١٩٨٨ ، ص ١١ .
(١٨٤) انظر ، أبو الوفا ، الاشارة السابقة ، قفتمان وجنشار ، بند ٤٤ ، ص ٧٠ وما بعدها .

Le juge d'action et juge d'exception (١٨٥) . بمعنى أن القاضى الذى ينظر الدعوى يختص بالفصل فى كل ما يثار فيها من دفع ، حרב على أداء العدالة لدورها كاملا ، بعرض الخصومة ، بكل ما فيها وبكل جوانبها ، أمام محكمة واحدة ، ومنعا من تقطيع أوصال القضية الواحدة بين عدة محاكم .

٢٦٣ - الاستثناءات على هذه القاعدة :

وإذا كانت هذه القاعدة يوحى بها المنطق السليم ، ويمتثلزها حسن سير القضاء ، إلا أنها قاعدة ليست مطلقة ، حيث توجد اعتبارات أخرى تقتضى الخروج عليها فى حالات معينة ، يجمعها أن الدفع أن تضمن نزاعا حول مسألة معينة ، يجب أن تفصل فيها المحكمة ذات الولاية أو ذات الاختصاص بها طبقا للقواعد العامة ، من هذه الحالات ما يلى :

١ - المسائل الأولية الخارجة عن ولاية أو اختصاص قاضى الدعوى :

قد يثار دفع فى الخصومة المعروضة أمام المحكمة ، من شأنه أن يؤثر نزاعا حول مسألة معينة تخرج عن ولاية أو اختصاص المحكمة المعروض أمامها الدعوى . فإن كان الفصل فى هذه المسألة لازما قبل الفصل فى موضوع الدعوى الأصلية ، اعتبرت هذه المسألة مسألة أولية " question préjudicielle " يجب أن يتم الفصل فيها من المحكمة ذات الاختصاص أو ذات الولاية . وبهذا يمكن تعريف المسألة الأولية بانها تلك المسألة التى يتوقف الحكم فى الدعوى الأصلية على الفصل فيها (١٨٦) ، وقد نصت المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية على أنه . .

(١٨٥) انظر فى هذه القاعدة

Dehesdin : De La règle, le juge d'action et juge d'exception, Thèse, Paris. 1911. Raynal, Dé la règle " Le juge d'action et juge d'exception devant le juge de Paix " These, paris 1939.

فنان وجنشار ، بند ٢٧٢ ، ص ٢٩٤ .

(١٨٦) نقض ١٨٨٧/٢/١٨ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، ع ١٤ ، ص ٢٥٥ ، ١٩٨٥/١٢/١٩ المكان نفسه ، ص ٢٥٤ ، أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، بند ٣٦٢ ، ص ٣٩٧ ، إبراهيم سعد ص ٤٤٦ . أحمد مسلم ، ص ٢٤٢ بند ٢٣٠ . فنان وجنشار ، بند ٢٧٤ ، ص ٢٩٦ وما بعدها .

إذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحكمة بدفع يثير نزاعا تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى ، وجب على المحكمة ، إذا رأت ضرورة الفصل في الدفع قبل الحكم في موضوع الدعوى ، أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع .. متيعادا ليستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة ، فان لم تر لزوما لذلك أغفلت الدفع وحكمت في موضوع الدعوى ... (١٨٧) ، وإذا كان النص المتقدم يتعلق بالدفع الذى يثير نزاعا تختص به جهة قضاء أخرى ، فيمكن تطبيقه على حالات أخرى يكون النزاع الذى يثيره الدفع خارجا عن اختصاص محكمة الدعوى . ويبرر البعض (١٨٨) هذا الخروج على قاعدة « قاضى الأصل هو قاضى الدفع » ، ان الدفع فى هذه الحالات يتضمن دعوى تفسيرية فرعية *causa pregiudiziale* (١٨٩) ، تتميز بأن مضمونها يعهد مسألة أولية لازمة للفصل فى الدعوى الأصلية . وهى لهذا يجب أن يفصل فيها من المحكمة ذات الاختصاص أو ذات الولاية وفقا للقواعد العامة . وقد تكون هذه الدعوى التفسيرية الفرعية ، دعوى سلبية ، كما لو أنكر المدعى عليه فى الدعوى الأصلية حق المدعى فى ملكية الشيء المطالب بفسمته . وقد تكون ايجابية كما لو ثار نزاع أثناء خصومة قائمة حول جنسية أحد الخصوم ، أما إذا كانت الدعوى الفرعية التى يتضمنها الدفع لا تعتبر مسألة أولية ، أى ليست لازمة للفصل فى الدعوى الأصلية ، فلا تؤثر فى قواعد الاختصاص ، وتظل من اختصاص قاضى الموضوع باعتبارها دفعا طالما لم تثر هذه الدعوى فى صورة طلب عارض امام المحكمة (١٩٠) .

(١٨٧) يتضح أن وقف الدعوى لحين الفصل فى المسألة الأولية يعهد أمرا جوازيا للمحكمة ومترك تقدير ذلك لها . نقض ١٩٨٥/١٢/١٩ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، ع ١ ، ص ٢٥٤ ، نقض ١٩٧٧/١/١٥ الطعن ١١٥ س ٢٢ ق .

(١٨٨) فتحى والى - الوسيط - ص ٣٢٠ . كيوفندا - نظم ج ١ بند ١٢٥ ص ٣٤١ وما بعدها .

(١٨٩) أنظر كوستا - ص ٣٥٧ بند ٢٨٢ بونوفريو - تعليق ج ١ بند ٩٨ ص ٧٤ كيوفندا - نظم ج ١ بند ١٢٥ ص ٣٤١ وما بعدها . وانظر نقض ايطالى ٧ يناير سنة ١٩٧٠ رقم ٢٥ فى ١٢ - *Mass. Giur. T. I. 1970* (١٩٠) فتحى والى - الوسيط - ص ٢٣١ ونقض ١٩٧١/٣/١٨ س ٢٢ ص ٢٣٤ .

ونبين فيما يلى أهم حالات المسائل الأولية التى تؤثر فى قواعد الاختصاص :

- الدفع الذى يخرج الفصل فيه عن ولاية القضاء المدنى :

إذا أثير أثناء نظر الدعوى المرفوعة أمام إحدى محاكم القضاء المدنى دفعا يثير مسألة أولية ، تخرج عن ولاية هذا القضاء لدخولها فى ولاية جهة قضاء أخرى ، كالقضاء الإدارى أو غيره . وقدرت المحكمة المدنية ضرورة الفصل فى هذه المسألة قبل الحكم على الدعوى الأصلية ، فعليها - ما لم تر لزوما لذلك - أن توقف الدعوى ، وتحدد للخصم ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة ذات الولاية (م ١/١٦ م ق) وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع « المسألة الأولية » كان لمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها (م ٢/١٦) (١٩١) . وإذا كان الدفع متعلقا بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق فى الدعوى ، ورات المحكمة جدية الدفع ، فإنها تؤجل نظر الدعوى الأصلية وتحدد لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن « م ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا ٤٨ لسنة ١٩٧٩ » ، ويجب أن تتضمن صحيفة الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الدستورية بيان النص القانونى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته ، (م ٣٠ من قانون المحكمة) (١٩٢) . هذا وقد استقر قضاء النقض على أن « مناظ وقف الدعوى لحين الفصل فى المسألة الأولية هو خروج تلك المسألة عن اختصاص المحكمة الوظيفى أو النوعى . وإن توقف الفصل فى الدعوى على الفصل فى نزاع تختص به جهة قضاء

(١٩١) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٤ فى الطعن ٤٨٣ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٨٤/٢/٢١ فى الطعن رقم ٩١٩ لسنة ٤٨ ق .
(١٩٢) أما إذا تراءى لاحدى المحكم . أثناء نظر إحدى الدعاوى علم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، فإنها توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية (م ١/٢٩ من القانون ٤٨ سنة ١٩٧٩) .

أخرى ، يؤدي الى وجوب وقف الدعوى لحين الفصل فى هذا النزاع (١٩٣) .

- الدفع الذى يخرج عن اختصاص محكمة الدعوى :

إذا خرج الفصل فى الدفع عن اختصاص المحكمة المثار أمامها ، لدخوله فى اختصاص محكمة أخرى تابعة للقضاء العادى ، فمأذا تفعل محكمة الدعوى . نفرق فى هذا الصدد بين فرضين هما :

- الدفع الذى يدخل الفصل فيه فى اختصاص القضاء الجنائى :

إذا كانت المسألة الأولية التى اثارها الدفع المثار أمام المحكمة المدنية تدخل فى اختصاص القضاء الجنائى ، فعلى المحكمة المدنية وقف الفصل فى الدعوى المدنية حتى تمام الفصل فى المسألة الجنائية نهائيا من القضاء الجنائى ، اعمالا للقاعدة الشهيرة القائلة بأن « الجنائى يوقف المدنى *le criminel tient le civile en état* المنصوص عليها فى المادة ١/٢٦٥ من قانون الاجراءات الجنائية . وذلك اذا ما رفعت الدعوى الجنائية قبل أو أثناء السير فى الدعوى المدنية (١٩٤) .

(١٩٣) انظر نقض ١٩٨٦/٦/٢٤ فى الطعن ١٩٩٧ لسنة ٥٢ ق ، لسنة ٥٥ ق ، ١٩٨٦/٣/٣٠ فى الطعن ٢٣٧٨ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٦/٢/٥ فى الطعن ٩٤٢ لسنة ٥٥ ق ، ١٩٧٧/٣/٣٠ ، س ٢٨ ، ص ٨٣٧ ، والحكم بوقف الدعوى لحين الفصل فى المسألة الأولية يعد حكما قطعيا بعدم صلاحية الدعوى للحكم فيها قبل الفصل فى المسألة الأولية ، ويؤدى ذلك الى عدم سقوط الخصمة فيها بمضى المدة . (نقض ١٩٨٦/٣/٦ فى الطعن ٣١٠ لسنة ٥١ ق)، ويجوز استثنائه على استقلال (نقض ١٩٨٦/٣/٣٠ فى الطعن ١٦٣٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٤/٤/١٧ ، س ٢٥ ، ص ٦٩٨) ، وأنه قضاء ضمنى بقبول التدخل (نقض ١٩٨٦/٣/٢٠ فى الطعن ١٦٣٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٦/٢/٣ ، س ٢٧ ، ص ٥٦٢ . وقضاء ضمنى بصحة شكل الدعوى ، نقض مدنى ١٩٨٦/٣/٣٠ ، فى الطعن ١٦٣٢ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٧٥/٣/١٣ ، س ٢٦ ، ص ٥٨٦) .

(١٩٤) انظر فى مبررات هذه القاعدة وما يرد عليها من استثناءات وطبيعتها . رموف عبيد مبادئ الاجراءات الجنائية ص ٢٥٤ - ٢٥٦ .

٢ - الدفع الذى يثير نزاعا يخرج عن اختصاص محكمة الموضوع :

إذا أثار الدفع المثار فى الدعوى المنظورة أمام إحدى محاكم القضاء المدنى ، نزاعا حول مسألة أولية يخرج الفصل فيها عن اختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع ، ليدخل فى اختصاص محكمة أخرى ، فمأذا يكون عليه الأمر ؟ . نفرق فى هذا الصدد بين المحكمة الجزئية ، وبين المحكمة الابتدائية :

— إذا كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة الابتدائية ودفعت بدفع يثير مسألة أولية تختص بالفصل فيها المحكمة الجزئية ، فإن المحكمة الابتدائية تظل مختصة أيضا بالفصل فى هذه المسألة نظرا لأنها المحكمة ذات الاختصاص العام ، وذلك ما لم تكن هذه المسألة تدخل وتظيفا فى اختصاص المحكمة الجزئية أو محكمة ابتدائية أخرى .

— أما إذا كانت الدعوى أمام المحكمة الجزئية وكانت المسألة الأولى التى أثارها الدفع تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية قيميا أو نوعيا ، فيجب على المحكمة الجزئية وقف الدعوى الأصلية حتى يفصل فى المسألة الأولى من المحكمة الابتدائية المختصة (١٩٥) . وقد نصت المادة ٨٢٨ من القانون المدنى على تطبيق هذا الحل بالنسبة لدعوى القسمة (١٩٦) . .

٢ - الدفع الذى يثير نزاعا فى الحق كله :

إذا كان الدفع الذى أثير أمام محكمة الدعوى يثير نزاعا فى موضوع يعتبر المطلوب فيها جزءا منه ، ولم يكن هذا الجزء هو الأخير منه ، فتقدر الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الحق كله باعتباره متنازعا فيه ،

(١٩٥) فنان بنى ٣٢٣ ص ٣٩٩ . فتحى والى - الوسيط ص ٣٢٢
ابراهيم سعد ص ٤٤٩ .

(١٩٦) انظر نقض ١٩٨٦/١١/١٧ فى الطعن ٣٥٤ لسنة ٥٢ ق ،
١٩٨٦/١/١٥ فى الطعن ١٧٥٠ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٥/٢/٢٤ الطعن
٥٧٤ لسنة ٥١ ق ، ١٩٨٥/١١/٦ فى الطعن ٢١٨٣ لسنة ٥١ ق ،
١٩٨٥/١٢/٢٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق ، ونقض ١٩٨٦/٦/١٥ ،
ص ٢٧ ، ص ١٣٥٨ .

فان زادت هذه القيمة على نصاب المحكمة الجزئية ، كانت غير مختصة بنظره ، ووجب عليها الحكم بعدم اختصاصها واحالة الدعوى الى المحكمة الابتدائية ، وبذلك تكون القاعدة قد أصبحت أن قاضى الدفع هو قاضى الموضوع ، لأن الدفع قد استغرق الطلب الاصلى (١٩٧-) ، وذلك بدلا من أن تكون محكمة الموضوع هى محكمة الدفع . ويشترط لذلك ، أن يكون الدفع قد اثار نزاعا فى الحق كله فى دعوى يكون موضوعها جزءا من هذا الحق ، وألا يكون هذا الجزء هو الجزء الأخير من الحق الموضوعى (م ٤٠ مرافعات) .

المطلب الثانى

تأثير المسائل الفرعية وتعدد الخصوم على الاختصاص

١ - تأثير الطلبات العارضة والمرتبطة على قواعد الاختصاص

٢٦٤ - تؤثر الطلبات العارضة والمرتبطة على قواعد الاختصاص القيمى والنوعى على النحو التالى :

أ- تأثير الطلبات العارضة:

رأينا فيما سبق أن الطلبات العارضة تختص بها كقاعدة المحكمة الابتدائية ، حتى ولو لم تكن مختصة بها لو رفعت على استقلال ، كما تختص بها المحكمة الجزئية ان كانت تدخل فى اختصاصها قيميا أو نوعيا . الا أن الطلبات العارضة قد تؤثر فى قواعد الاختصاص من ناحيتين :

(١٩٧) انظر فتحى والى - الوسيط ص ٣٢٢ هامش (١) . ابراهيم نجيب ص ٤٥٠ . أما اذا كانت الدعوى مرفوعة الى المحكمة الابتدائية واقر المدعى عليه بجزء من الحق أو عرضه عرضا فعليا ، فان ذلك لا يؤثر فى اختصاص المحكمة الابتدائية التى تظل مختصة بالفصل فى الدعوى ولو أصبحت قيمتها دون نصابها (وان كان ذلك يؤثر فى نصاب الاستئناف م ٢٢٣ مرافعات) . أنظر جالسون وتيسيه ج ١ بند ٣١٠ . جارسونيه ج ١ ص ٨٣٣ بند ٤٣٨ أبو الوفا ٤٢٦ - ٤٢٧ هامش (١) . ابراهيم نجيب ص ٤٥٠ هامش (٢) . أما اذا قبل المدعى هذا العرض وعدل طلباته فنقدر الدعوى على أساس آخر لطلبات الخصوم . وقد يترقب على ذلك إحالة الدعوى الى المحكمة الجزئية (انظر ما سبق بند ٢٤٠ وبند ٢٤٣) .

ـ نزع الاختصاص من المحكمة الجزئية بالطلب الأصلي :

إذا اثير امام المحكمة الجزئية طلبا عارضا.يخرج عن اختصاصها اما لنوعه أو قيمته ، وكان يصعب الفصل بين الطلب الأصلي والطلب العارض دون اضرار بالعدالة . ففي هذه الحالة يكون على المحكمة الجزئية إحالة الدعوى بطليبيها الأصلي والعارض الى المحكمة الابتدائية المختصة . وبذلك يكون الطلب العارض قد نزع اختصاص المحكمة الجزئية بالطلب الأصلي وفقا للقواعد العامة ، ليدخله في اختصاص المحكمة الابتدائية رغم أنها ليست مختصة به ، بناء على اختصاصها بالطلب العارض ، خلافا للقاعدة العامة التي تقضى بأن قاضى الأصل هو قاضى الفروع . اذ أصبحت القاعدة هنا هي أن قاضى الفرع هو قاضى الأصل .

ـ نزع الاختصاص من المحكمة الابتدائية :

فى حالة ما اذا كان الطلب العارض من شأنه انقاص قيمة الدعوى الى اللحد الذى أصبحت تدخل فى اختصاص القاضى الجزئى ، لأن الدعوى تقدر على أساس آخر طلبات الخصوم . فقد رأينا أن المحكمة الابتدائية لا تختص فى هذه الحالة بالفصل فى الطلب العارض نظراً لأنها لم تعد مختصة بالفصل فى الطلب الأصلي ، وعليها حالة الدعوى الى المحكمة الجزئية المختصة .

ومن هنا يكون الطلب العارض قد نزع اختصاص المحكمة الابتدائية بالطلب الأصلي الذى رفع اليها ابتداء .

ب ـ تأثير الطلبات المرتبطة :

تؤثر الطلبات المرتبطة أيضا على قواعد اختصاص القيمى والنوعى من ناحيتين :

ـ تأثير الطلبات المرتبطة على اختصاص المحكمة الابتدائية :

القاعدة ان الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي لا تؤثر على اختصاص المحكمة الابتدائية القيمى أو النوعى ، حتى ولو كانت هذه الطلبات المرتبطة تخرج قيميا أو نوعيا عن اختصاصها « م ٤٧/٣ » . الا اذا كان الطلب المرتبط يخرج نوعيا عن ولاية القضاء المدنى لدخوله فى ولاية جهة

قضاء أخرى ، فلا تفضل المحكمة الابتدائية فى هذا الطلب المرتبط ولو رفع إليها فى صورة طلب عارض (١٩٨) .

- تأثير الطلبات المرتبطة على اختصاص المحكمة الجزئية :

إذا رفع الطلب المرتبط على استقلال أمام المحكمة الجزئية التى تنظر الطلب الأصيل ، فإنها تأمر بضم الطلبين لتفصل فيهما معا ، ويكون ذلك إذا كانت قيمة الطلبين أو نوعيهما يدخلان فى اختصاصها ولكن :

أ - إذا جمعت قيمة الطلبين معا - فى حالة اتحادهما فى السبب - وتجاوزت نصاب القاضى الجزئى . فيجب على المحكمة الجزئية حالة الدعوى بكل طلباتها الأصلية والمرتبطة الى المحكمة الابتدائية . رغم اختصاص المحكمة الجزئية بكل من الطلبات على انفراد (١٩٩) .

ب - وإذا اختلفت الطلبات المرتبطة فى السبب ، فلا تجمع قيمتها كأساس للاختصاص ، وتختص المحكمة الجزئية بكل منها على أساس قيمة كل طلب على حدة ، ما دام كل منها يدخل قيميا فى اختصاصها . أما إذا كانت قيمة أحدهما تزيد على اختصاص القاضى الجزئى ، فكان عليها أن تحيل الدعوى بطلباتها كلها الى المحكمة الابتدائية ولو كان منها ما يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية على أساس أن من يملك الأكثر يملك الأقل . إذا لم يكن من الممكن الفصل بين الطلبين دون اضرار بسير العدالة (م ٢/٤٦) .

ج - أما بالنسبة للاختصاص النوعي : فإن المحكمة الجزئية تختص بالفصل فى كل الطلبات المرتبطة ما دامت تدخل نوعيا فى اختصاصها ،

(١٩٨) انظر فتحي والى - ص ٣١٣ هامش (٢) وما اشار اليه . وفى هذه الحالة على المحكمة أن رأت ضرورة الفصل فى الطلب المرتبط قبل الفصل فى الطلب الأصيل . لعدم تمكثها من الحكم فيه قبل الحكم فى الطلب المرتبط ، أن توقف الفصل فى الدعوى الأصلية لحين الفصل فى الطلب المرتبط من الجهة ذات الولاية .

(١٩٩) مع ملاحظة أن هذا التأثير يكون نتيجة الارتباط المبنى على وحدة السبب القانونى دون غيره كما لا يكون الا بالنسبة للطلبات المقدمة من نفس الخصم (فتحي والى - الوسيط ص ٣١٣) .

حتى ولو جمعت كلها أمامه في خصومة واحدة ، أما إذا كان أحد الطلبين يخرج نوعيا أو قيميا عن اختصاص المحكمة الجزئية ليدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية النوعي أو القيمي ، فعلى المحكمة الجزئية والأمر كذلك ، حالة الدعوى بكل طلباتها الى المحكمة الابتدائية باعتبارها المحكمة ذات الاختصاص العام لتفصل فيها جميعا ولو كان أحدها يدخل في اختصاص المحكمة الجزئية لو رفع ليهما على استقلال . وذلك إذا كان الفصل بين الطلبين يرتب ضررا بمسير العدالة (م ٢/٤٦) .

ب - تأثير الدفع على قواعد الاختصاص

٢٦٥ - القاعدة أن الدفع بأنواعها لا تؤثر على قواعد الاختصاص النوعي ، كما أنها لا تؤثر على قواعد الاختصاص القيمي إلا إذا أثار الدفع نزاع في موضوع يخون المطلوب في الدعوى جزءا من هذا الموضوع ، ولم يكن هو جزء لا حيز ، فإن هذا الدفع يخون من شأنه التأثير على قواعد الاختصاص القيمي ، حيث تقدر الدعوى في هذه الحالة باعتبار الموضوع كله ، فإن كانت دعوى الجزء مرفوعة الى المحكمة الجزئية ، وأثير فيها الدفع الذي أثار النزاع في الحق كله ، وزادت قيمة هذا الحق على نصيب المحكمة الجزئية ، فعلى هذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، مع الاحالة الى المحكمة الابتدائية . وبذلك يكون الدفع قد نزع الاختصاص من المحكمة الجزئية وأثبتته للمحكمة الابتدائية ،

ج - تأثير تعدد الخصوم في الاختصاص

٢٦٦ - لا تأثير لتعدد الخصوم في الدعوى على قواعد الاختصاص القيمي كقاعدة ، ولا حتى على قواعد الاختصاص النوعي ، وإنما قد يكون لها تأثير على قواعد الاختصاص المحلي إذا تعدد المدعى عليهم ، حيث يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم (م ٣/٤٩) وذلك تيسيرا على المدعى حتى لا يضطر الى رفع دعاوى متعددة أمام محاكم مختلفة ، بتعدد خصومة واختلاف موطن كل منهم ، مما قد يؤدي الى صدور أحكام متعارضة بشأن موضوع واحد . ويفترض هذا النص أن التعدد قد ورد في صحيفة واحدة ، سواء تعدد المدعى عليهم في دعوى واحدة أو تعددت الدعاوى ضد أشخاص متعددين بشرط أن يكون هناك ارتباط ولو بسيط بينها ، ولو لم يصل الى حد وحدة السبب أو المحل . فإن تعدد المدعى عليهم على هذا النحو ، فإن الدعوى التي ترفع عليهم جميعا تكون من اختصاص أية محكمة يقع بدائرتها موطن أحدهم . وذلك بالشروط الآتية :

- أن يكون التعدد حقيقيا :

بمعنى أن يتعدد الخصوم في الدعوى بصفة أصلية ، وعلى ذلك فلا يعمل بالقاعدة المتقدمة في حالة رفع الدعوى على شركة وفرع لها ، إذ لا تكون أمام حالة تعدد تبجح رفع الدعوى الى محكمة الفرع (٢٠٠) ، إذ أن المدعى عليه في هذه الدعوى هو الشركة . ولا توجد حالة تعدد ، إذا رفعت الدعوى على شخص ، واختصم فيها آخر لجرد تقديم ما لديه من مستندات ، أو للحكم عليه بما قد يحكم به على المدعى عليه الأصلي ، مثل دعوى الدائن على المدين والكفيل ، فلا يجوز رفع الدعوى في هذه الحالة الى محكمة الكفيل أو من اختصم لتقديم المستندات أو من أدخل في الدعوى أو تدخل فيها .

- أن يكون التعدد جديا :

فلا يعمل بالقاعدة المتقدمة في الحالة التي يختصم فيها أحد المدعى عليهم بسوء نية لجرد جلب المدعى عليه الحقيقي أمام محكمة غير محكمة الطبيعية (٢٠١) . فيكون للمدعى عليه الحقيقي أن يدفع بعدم اختصاص محكمة موطن المدعى عليه الآخر بشرط اثبات سوء نية المدعى .

- أن تكون المحكمة هي محكمة موطن المدعى عليهم :

بمعنى أن تكون الدعوى قد رفعت الى المحكمة المختصة طبقا للقاعدة العامة ، وهي محكمة موطن المدعى عليه . فلا يكفي أن تكون المحكمة المختصة بالنسبة لأحد المدعى عليهم طبقا لقاعدة خاصة . فلا يجوز اختصاص المدعى عليهم أمام محكمة محل إقامة أحدهم ، أو أمام المحكمة التي اتفق أحدهم مع المدعى على اختصاصها بنظر الدعوى ، إذا لم تكن هي محكمة موطنه .

(٢٠٠) العشماوى ص ٤٩١ .

(٢٠١) العشماوى - الاشارة السابقة . فتحى والى - ص ٣١٥ .

الفصل الثاني

طبيعة قواعد الاختصاص ومشاكله

المبحث الأول

طبيعة قواعد الاختصاص

٢٦٧ - للوقوف على طبيعة قواعد الاختصاص ، يجب التعرف على مدى تعلقها بالنظام العام ، ثم النتائج التى تترتب على ذلك .

المطلب الأول

مدى تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام

٢٦٨ - اذا ما عدنا الى النظرية العامة فى القانون لوجدنا أن القواعد القانونية ، ومنها قواعد الاختصاص ، تنقسم الى قواعد أمرة *Règles impératives* وقواعد مكملة أو مفعمة أو مقسمة *Règles interprétatives ou déclaratives* والنوع الاول من القواعد هو الذى لا يمكن الفكاك من أحكامها بالاتفاق على ما يخالفها . فهى قواعد واجبة الاحترام ، بعكس النوع الثانى الذى يمكن للأفراد بالاتفاق التحلل من أحكامها وما تقضى به ، وانما تكون واجبة الاحترام والتطبيق اذا لم يتم الاتفاق على استبعاد أحكامها (١) . ويستعين الفقه بضوابط

(١) انظر فى التمييز بين القاعدة الأمرة والقاعدة المكملة . عبد الفتاح عبد الباقى نظرية القانون ١٩٦٥ بند ٦٨ وما بعده ص ١١٥ وما بعدها .
أحمد سلامة محمد - دروس فى المدخل لدراسة القانون ١٩٧٥ ص ٥٧ وما بعدها .
شمس الدين الوكيل - الموجز فى المدخل لدراسة القانون ١٩٦٥ بند ٥٠ .
حسن كير - المدخل الى القانون ١٩٦٩ بند ١٦ .
توفيق فرج المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٧٠ ص ٩٣ .
محمد على عمران وحسين النورى - مبادئ العلوم القانونية ص ٧٩ .
محمد لبيب شنب - مذكرات فى المدخل لدراسة القانون ٧٥ - ١٩٧٦ ص ٤١ وما بعدها .
سمير تناغو - النظرية العامة للقانون ١٩٧٤ ص ٨٤ .

مختلفة للتمييز بين هذه القواعد (٢) ، فهناك الضابط الشكلي أو المادى الذى يستخلص من الفاظ القاعدة ذاتها ، فان أفادت هذه الالفاظ ان القاعدة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها كانت قاعدة أمره ، وان أفادت جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها ، كانت قاعدة مكملة أو مفسرة . وبجانب هذا يوجد الضابط الموضوعى « المعنوى » يلجأ اليه عندما لا يتسنى استخلاص طبيعة القاعدة من الفاظ القاعدة ذاتها . ويتمثل الضابط الموضوعى فى موضوع القاعدة ذاته أو معناه ، فان كان موضوعها يتصل بكيان الجماعة ، أو بمصلحة أساسية من مصالحه ، كانت هذه القاعدة أمره ، أما اذا كان موضوعها لا يتصل بهذا الكيان أو بمصلحة أساسية للجماعة كانت القاعدة مكملة أو مفسرة . وبعبارة أخرى فان كانت القاعدة تتصل بالنظام العام والآداب ، كانت قاعدة أمره ، والا كانت مفسرة أو مكملة (٣) .

وقواعد الاختصاص القضائى ، باعتبارها قواعد قانونية ، لا تخرج عما تقضى به هذه الضوابط العامة فى تمييزها . وبداءة يمكن القول بان قواعد الاختصاص ، فى عمومها ، انما ترمى الى تنظيم مرفق عام من مرافق الدولة ، وهو مرفق القضاء ، عملا على حسن ادارة العدالة ، وتحقيق القانون فى الواقع الاجتماعى ، وهى تعتبر من هذه الزاوية قواعد أمره نظرا لارتباطها بالنظام العام (٤) ، الا ان من بين قواعد الاختصاص ما يهدف الى رعاية مصلحة فردية ، تيسيرا للأفراد على مباشرة حقهم فى اللجوء الى القضاء ، ولا يستهدف المشرع بهذه القواعد تحقيق مصلحة عامة ، ومن ثم لا تعد هذه القواعد متعلقة بالنظام العام ،

(٢) انظر فى هذه الضوابط . أحمد سلامة - المرجع السابق بند ٤٢ وما بعده . عبد الفتاح عبد الباقى - ما سبق ص ١٢٠ وما بعدها . توفيق مرج . الاشارة السابقة . سمير تناوغ - المرجع السابق ص ٨٧ وما بعدها . لبيب شنب - المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

(٣) ولم يتفق الفقه على تعريف محدد للنظام العام *ordre public* وان كان البعض قد حاول تعريفه بأنه الوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم (أحمد سلامة ص ٦٢ - ٦٣) . وقد حاول البعض الآخر ترتيبه الى الاذهان بقولهم انه الذى يتعلق بكل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق لمصلحة أساسية من مصالحها (عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٢٧ بند ٧٤) .

(٤) انظر عبد الباسط جميعى - مبادئ المرافعات ص ٩٨ - ٩٩ .

وتعتبر لذلك قواعد مكملة أو مفعرة . وبذلك نجد أن هناك من بين قواعد الاختصاص ما يتعلق بالنظام العام ، ومنها ما لا يتعلق به . ولهذا فقد نصت المادة ١/١٠٩ على أن « الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها » مما يمكن معه القول بأن جميع قواعد الاختصاص النزعى والاختصاص القيمى (٥) وكذلك الاختصاص الذى يتحدد على أساس وظيفة المحكمة ، تتعلق جميعها بالنظام العام ، فهى قواعد أمرة يجب اعمالها ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف احكامها . وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على رفع دعوى قسمة أو دعوى نقل غى قيمتها عن ٥٠٠ جنيه الى المحكمة الابتدائية ، والعكس صحيح . وكذلك لا يجوز رفع دعوى متعلقة بالتنفيذ الى غير قاضى التنفيذ لا فى الأحوال التى ينص عليها المشرع ، وكذلك لا يجوز رفع دعوى متعلقة بإدارة تفضيلة لغير المحكمة التى قضت بشهر الافلاس ولا يجوز طلب تفسير حكم من محكمة أخرى غير التى أصدرت الحكم المراد تفسيره .

أما قواعد الاختصاص المحلى ، فقد استهدف المشرع من وضعه للقاعدة العامة فيه ، التيسير على الأفراد . فى مباشرتهم لخصوماتهم بعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة تكون قريبة قدر الامكان من موطن الخصم أو المال المتنازع عليه ، حتى يسهل على الخصوم اثبات طلباتهم والحصول على حماية القضاء باقل مجهود واقل نفقات . ولما كان الأمر كذلك ، فإن الاختصاص المحلى - كقاعدة - لا يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم

(٥) وبهذا النص فقد حسم الخلاف الفقهى الذى ساد فى ظل القانون الملقى بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ من اعتبار قواعد الاختصاص القيمى غير متعلقة بالنظام العام (انظر المذكرة الإيضاحية لنص المادة ١٠٩ وعبد الباسط جيمعى ص ١٠٥ - ١٠٨) . (انظر نقض مدنى ١٩٨٧/١٢/٢٧ مجلة القضاة ، ص ٢١ ، ع ١ ، ص ٢٥٥ ، ١٩٧٦/٦/٣٠ فى الطعن ١١٢٦ لسنة ٥٣ ق ، نقض مدنى ١٩٧٦/٢/١٠ ، ص ٢٧ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ ، ص ٢٧ ، ١٩٧٦/٦/٢٨ ، ٧٣٦ ، ص ٢٧ ، ١٩٧٦/٣/٢٣) .
انظر قنسان وجنشار ، ص ٢٨٠ وما بعدها .

يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة أحكامه (٦) . وفى هذا تنص المادة ١/٦٢ على أنه « اذا اتفق على اختصاص محكمة معينة يكون لاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه » .

ومع ذلك فان هناك من بين قواعد الاختصاص المحلى ما يتعلق بالنظام العام ، بحيث لا يجوز الاتفاق مقدما على مخالفة هذه القواعد . وفى هذا تنص المادة ٢/٦٢ « على أنه فى الحالات التى ينص فيها القانون على تحويل الاختصاص لمحكمة على خلاف المادة ٤٩ ، لا يجوز الاتفاق مقدما على ما يخالف هذا الاختصاص » . فاذا عقد المشرع الاختصاص لمحكمة خلاف محكمة موطن المدعى عليه ، فلا يجوز الاتفاق مقدما على مخالفة هذا الاختصاص ، اذ أن المشرع يستهدف فى هذه الحالات حماية الضعفاء ، ولتى تعتبر من أهم أسس التنظيم الاجتماعى (٧) . مثل دعاوى المطالبة بقيمة التأمين أو دعاوى الارث ، أو الدعاوى العينية العقارية وخلافها ، فهذه الدعاوى يجب أن ترفع الى المحكمة التى تحددها القاعدة القانونية ، ولا يجوز الاتفاق مقدما على خلافها .

أما بالنسبة للاختصاص المحلى المتعلق بوظيفة المحكمة بالنسبة لقضية معينة ، فانه يتعلق بالنظام العام ، مثل اختصاص المحكمة التى حكمت بشهر الافلاس بالدعاوى الناشئة عنه ، وكذلك المحكمة التى أصدرت الحكم بتفسيه ، والاختصاص المحلى لحكام الدرجة الثانية (٨) .

(٦) ابراهيم سعد - ص ١٥٠ وما بعدها . أبو الوفا - نظرية الدفوع ، بند ٨٥ ، ص ١٩٠ وما بعدها . قارن جارسونيه وسيزار برى ج ١ ص ٧٣٥ بند ٤٦٧ . وجلاسون وثيسيه ج ١ ص ٦٨١ . والذين أجازوا للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها محليا بنظر الدعوى ومن تلقاء نفسها ، اذا اقتضى ذلك حسن سير العدالة . وانظر فى نقد هذا الاتجاه عبد الباسط جميعى ص ١١٠ - ١١١ . ورمزى سيف بند ٢٧٤ . انظر موريل . بند ١٩٥ ص ١٨٧ . وانظر . فنان وجنشار ، ص ٢٨٩ ، بند ٢٦٨ .

(٧) انظر عبد الباسط جميعى - مبادئ ص ١١١ - ١١٢ . أبو الوفا نظرية الدفوع ، بند ٨٥ مكرر ، ص ١٩٦ وما بعدها .

(٨) انظر ما سبق بشأن الاختصاص المتعلق بالوظيفة - فتحى والى ص ٣٢٦ .

المطلب الثانى

نتائج تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام

٢٦٩ - تحديد :

راينا ان قواعد الولاية القضائية ، وكثيرا من قواعد الاختصاص القضائى تتعلق بالنظام العام ، وأن قليلا من قواعد الاختصاص لا تتعلق به .

ويرتب المشرع على اعتبار قاعدة من هذه القواعد متعلقة بالنظام العام عدة نتائج ، لا ترتبها بطبيعة الحال القواعد غير المتعلقة بالنظام العام .

وأهم هذه النتائج ما يلى :

١ - عدم جواز الاتفاق على مخالفتها :

إذا تعلقت قاعدة الاختصاص بالنظام العام ، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، ويقع باطلا مثل هذا الاتفاق ، سواء تم قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها . فلا يجوز مثلا اتفاق الخصوم على عقد الاختصاص للمحكمة الجزئية بدعوى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية ، والعكس صحيح . كما لا يجوز الاتفاق على رفع دعوى موضوعية الى قاضى الأمور المستعجلة ، ولا على رفع دعوى عمالية جزئية أمام غير المحكمة الجزئية العمالية المختصة ، ولا على رفع دعوى متعلقة بأفلاس الى محكمة غير تلك التى قضت به .

وعلى العكس من ذلك يجوز الاتفاق على اختصاص محكمة غير مختصة اذا كان اختصاصها لا يتعلق بالنظام العام ، فيصح الاتفاق على محكمة غير مختصة محليا بنظر الدعوى . ويجب احترام هذا الاتفاق سواء قبل رفع الدعوى أم بعده ، وسواء كان اتفاقا صريحا أو ضمنيا ، حيث يسقط الحق فى الدفع بعدم الاختصاص المحلى . بعدم ابدائه . فى الجلسة الأولى أو بالكلام فى موضوع الدعوى ، وكذلك الأمر لو رفع النزاع الى المحكمة المختصة محليا وفقا للقانون ، بالمخالفة لاتفاق

الطرفين ، كان من حق المدعى عليه أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة نفاذا لاتفاق صحيح بينهما ، فإن سكت عن ذلك ولم يتمسك به اعتبر ذلك منه رضاء بالتخلل من ذلك الاتفاق ، وذلك لأن الاتفاق على منح الاختصاص لمحكمة غير مختصة محليا ، فانه لا ينزع ، في الوقت نفسه ، الاختصاص من محكمة المدعى عليه ، فتظل مع ذلك مختصة اذا رفعت الدعوى أمامها ولم يتمسك أحد أمامها بالاتفاق (٩) ، وهذا ما نصت عليه بالفعل المادة ١/٦٢ من قانون المرافعات .

واذا كان الاتفاق على مخالفة بعض قواعد الاختصاص المحلى جائزا كان للخصوم الاتفاق على نقل الدعوى من المحكمة المختصة المرفوعة اليها الى المحكمة المتفق على اختصاصها . ويكون للمحكمة المختصة - احتراماً لهذا الاتفاق - أن تحيل الدعوى الى المحكمة التى اتفق عليها الخصوم ، غير أن هذه الاحالة جوازية للمحكمة ، فلها ان رأت أنها قد قضت شوطا كبيرا فيها ، كان لها رفض طلب الاحالة والمضى فى الحكم فى الدعوى ، وذلك بعكس ما اذا كانت الدعوى مرفوعة الى محكمة غير مختصة اصلا بنظرها ، فعلى المحكمة وجوبا - متى طلب ذلك منها - احالة الدعوى الى المحكمة المختصة (١٠) .

واذا كانت المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى هى محكمة أخرى غير محكمة موطن المدعى عليه فلا يجوز الاتفاق مقدما على اختصاص محكمة أخرى (٢/٦٢ مرافعات) (١١) .

ومن الجدير بالذكر أن هناك حالات يكون الاختصاص المحلى فيها متعلقا بالنظام العام ، وبالتالي لا يصح الاتفاق على مخالفتها ، لا قبل رفع الدعوى ولا حتى بعده . وهذه الحالات هى تلك التى ذكرناها كامثلة على الاختصاص المتعلق بوظيفة المحكمة ، وذكرها غيرنا على أنها

-
- (٩) وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٣٨٩ ، فتحى والى ، الوسيط ، ص ٣٢٨ ، ابراهيم سعد ، ص ٥١٩ ، أحمد مسلم ، ٣٩١ .
(١٠) فتحى والى ، ص ٣٢٩ - ٣٣٠ ، أحمد مسلم ، ٢٩٤ - ٢٩٥ .
(١١) انظر فى مضمون ذلك والهدف منه أبو الوفا ، نظرية الدفع ، ص ٦٣ وما بعدها جند ٨٥ .

حالات الاختصاص التبعية الدتسمى المطلق ، ومنها اختصاص محكمة الافلاس بكل ما يتعلق به ، واختصاص المحكمة بتفسير حكمها وتصحيح ما وقع فيه . من اخطاء مادية ، واختصاص محكمة الدعوى بالنصل ببعض لدفع ، مثل الدفع بسقوط الخصومة او بالتترك . وغيرها (١٢) .

٢ - تصدى المحكمة لأمر اختصاصها :

يجب على المحكمة ، ومن تلقاء نفسها ، أن تتصدى مباشرة لأمر الاختصاص ، وتقضى فيه دون طلب ، ولا يعتبر ذلك خروجاً منها على مبدأ حيادها . وغنى عن البيان أن المحكمة لا يكون لها هذا الحق اذا لم يثبتي اختصاصها بالنظام العام (١٣) .

٣ - حق التمسك بعدم الاختصاص مقرر لكل الخصوم :

ومنى تعلق الاختصاص بالنظام العام ، كان من حق أى خصم فى الدعوى ان يتمسك بعدم الاختصاص ، مدعيا كان هذا الخصم أم مدعى عليه ، وكذلك يجوز للخصم المنضم أو المختصم فى الدعوى اثاره هذا الدفع ، كما أن للنياية العامة - متى كانت طرفاً أو خصماً منضمًا - أن تثير أمر الاختصاص المتعلق بالنظام العام ولو لم يثر من قبل الخصوم . كل ذلك بعكس اختصاص غير المتعلق بالنظام العام فلا يثيره الا المدعى عليه وحده ، فلا يملك المدعى اثارته ولا الخصوم المتدخلين اختصاصيا لانهم فى حكم المدعى ، أو انضماميا مع المدعى ، ولا مع المدعى عليه اذا كان قد سقط حقه فى اثارته (١٤) .

(١٢) انظر ما سبق بند ٢٥٠ ، ٢٥١ من هذا الكتاب ، أبو الوفا ، نظرية الدفع ص ١٩٦ ، بند ٥٨٨ ، وجدى راغب ، مبادئ ، ص ٢٧٤ وما بعدها . فنان وجيشار ، بند ٢٦٩ ، ص ٢٨٠ - ٢٩٢ .
(١٣) أبو الوفا ، نظرية الدفع ، ص ١٩٢ ، ١٩٣ - محمد حامد فهمى ، بند ٣٢٠ .

(١٤) أبو الوفا - نظرية الدفع ، ص ١٩١ - ١٩٢ .

٤ - اثاره الاختصاص فى أى وقت :

للخصوم اثاره الاختصاص المتعلق بالنظام العام فى أى حالة تكون عليها الاجراءات ، سواء تم ذلك قبل الكلام فى الموضوع أو بعده ، فلا يسقط حق الخصم فيه بالكلام فى الموضوع أو يسبق ابداء الدفع بعدم تقبول ، بل يمكن اثاره الدفع به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١٥) أو محكمة النقض (١٦) ، أما اذا كان الاختصاص غير متعلق بالنظام العام ، فيجب الدفع به قبل الكلام فى الموضوع أو ابداء دفع بعدم القبول .

وإذا كانت هذه هى القاعدة فى القانون المصرى ، فإن الأمر غير ذلك فى القانون الفرنسى الجديد ، إذ يوجب ابداء جميع الدفوع الشكليه معا وقبل الكلام فى الموضوع حتى ولو كانت مما تتعلق بالنظام العام (م ٧٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد) (١٧) .

(١٥) نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٢٤ ، س ١٣ ، ص ٧٠٢
(١٦) فتوى والى - الوسيط ، ص ٣٢٩ . نقض ١٩٨٧/٤/٨
الطعن ٦٢٢ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٧٥/٥/١٢ ، س ٢٦ ، ص ٩١٣ .
وإذا قضت بحكمة النقض بنقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص ، فإنها تقتصر على الفصل فى هذه المسألة ، ويكون لها عند الاقتضاء تعيين المحكمة المختصة الواجب التداعى إليها (نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ فى الطعن ٢٤٢٧ لسنة ٥٥ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/٢٦ فى الطعن ٢٠٣٢ لسنة ٥٢ ق) .
(١٧) أنظر فنسان وجنشار ، بند ٤٤ ، ص ٧٠ - ٧١ ، أبو الوفا ، نظرية الدفوع ، بند ٨٩ ، ص ٢٠٦ .

المبحث الثانى

مشاكل الاختصاص

٢٧٠ - تمهيد :

الأصل أن تنظر المحكمة فى مسألة اختصاصها أولا عند رفع الدعوى إليها ، أما من تلقاء نفسها ، وأما بناء على طلب أحد الخصوم مقدّم فى صورة دفع بعدم الاختصاص . وتقضى المحكمة أما باختصاصها بنظر الدعوى ، وأما بعدم اختصاصها ، وفى هذه الحالة تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة . وقد يحدث تنازع بشأن الاختصاص . وقد يدفع أمام المحكمة بدفع بالحالة الدعوى إلى محكمة أخرى نظرا لرفع الدعوى ذاتها أمامها ، أو لوجود ارتباط بينهما . وبهذا ينتج عن الاختصاص عدة مشاكل ، أما مخالفة قواعده ، وأما التنازع بشأنه . ودراسة علمية لحل هذه المشكلات تقتضينا البدء ، بدراسة عدم الاختصاص وقواعد الدفع به والتنازع فيه ، ثم نبين حالات الاحالة من محكمة لأخرى وقواعد الدفع بها .

المطلب الأول

الاختصاص والتنازع فيه

الفصل الأول

عدم الاختصاص

٢٧١ - تعريف الدفع بعدم الاختصاص :

رأينا فيما سبق أن المحكمة لا تستطيع من تلقاء نفسها أن تقضى بعدم اختصاصها ، إذا لم يكن متعلقا بالنظام العام ، إلا بناء على طلب أحد الخصوم أى يدفع يقدم إليها بعدم اختصاصها *exception d'incompétence* ويعرف الدفع بعدم الاختصاص بأنه الدفع الذى ينكر به الخصم على المحكمة اختصاصها بنظر الدعوى (١٨) . ويعتبر الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع الاجرائية « الشكلية » *exception de procédure*

(١٨) إبراهيم سعد ص ٥٢١ . أحمد السيد صاوى ص ١٢٤ بند ١١٨

أبو الوفا ، نظرية الدفوع ص ١٩٠ - ٢١٩ .

التي توجه الى اجراءات الخصومة بقصد الحصول على حكم ينهى الخصومة قبل الفصل فى موضوعها . ويترتب على ذلك وجوب ابداء الدفع بعدم الاختصاص قبل الكلام فى الموضوع أو الدفع بعدم القبول والا سقط الحق فيه (م ١٠٨ مرافعات) ، الا اذا كان عدم الاختصاص متعلقا بالنظام العام ، فيجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الاجراءات (م ١٠٩) ، بل يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض . ويقدم الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام من أى طرف فى الدعوى بما فى ذلك المدعى (١٩) أو الغير الذى أدخل أو تدخل فى الدعوى ، أما عدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام فلا يدفع به الا من الخصم الذى تقررت قاعدة الاختصاص لمصلحته .

٣٧٢ - الحكم فى الدفع بعدم الاختصاص :

والأصل أن تفصل المحكمة أولا فى أمر اختصاصها اما من تلقاء نفسها ، أو بناء على دفع مقدم اليها (٢٠) اعمالا لقاعدة أن قاضى الدعوى هو قاضى الدفع ، وذلك قبل الحكم فى موضوع الدعوى . ولكن ان رأت المحكمة أن تقضى فى اختصاصها مع الحكم فى الموضوع معا ، فيجوز لها ذلك بأن تضم الدفع بعدم الاختصاص الى الموضوع لتقضى فيهما معا على أن تبين ما حكمت به فى كل منهما على حدة (م ٢/١٠٨) (٢١) . على أن المحكمة - ان لم يدفع أمامها بدفع بعدم اختصاصها - اذا قضت

(١٩) ويجوز للمحكمة فى هذه الحالة أن تحكم على المدعى بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات جزاء له على رفع دعواه الى محكمة غير مختصة . (٢٠) فكل محكمة مختصة بالفصل فى مسألة اختصاصها ، وليس للمحكمة - كقاعدة أن تتمتع فى مسألة اختصاص غيرهما من المحاكم (انظر كيوفندا - نظم ج ٢ بند ١٧٢ . كوستا ص ١٦٢ بند ١١٧ ، فتحى والى ص ٣٢٣) .

(٢١) انظر موريل بند ٢٩٧ - ص ٢٥١ وما بعدها - انظر نقض ١٩٧١/٣/١٨ ، ص ٢٢ ، ص ٣٥٤ .

فى موضوع الدعوى ، فان هذا القضاء منها يعتبر قضاء ضمنيا باختصاصها بنظر الدعوى .

٢٧٣ - قواعد الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص :

١ - أنه حكم اجرائى قطعى :

الحكم الصادر فى الدفع بعدم الاختصاص يعتبر حكما قطعيا فى مسألة الاختصاص ، يستنفذ ولاية المحكمة التى تصدره بحيث لا يكون لها بعد أن رفضت الدفع بعدم الاختصاص أن تعود وتقفى بعدم اختصاصها (٢٢) .

ومن ناحية أخرى فان الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص ، يعد حكما اجرائيا ، فلا يجوز - من ثم - حجية الأمر المقضى ، وبالتالي لا يمنع محكمة أخرى من الفصل على خلاف ما قضى به ، ولا يجوز الاحتجاج به فى خصومة جديدة الا اذا نص القانون على خلاف ذلك .
الا اذا كان الحكم صادرا بعدم الاختصاص اذ ان المحكمة عليها وجوبا أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة ، وتلتزم هذه الأخيرة بحكم الاحالة (٢٣) .

٢ - أنه حكم غير منه للخصومة كقاعدة عامة :

والحكم الصادر فى مسألة الاختصاص ، سواء كان صادرا برفض الدفع بعدم الاختصاص أو بقبوله ، لا يعتبر حكما منهيًا للخصومة (٢٤) ،

(٢٢) نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ فى الطعن ١١٢٦ لسنة ٥٣ ق ،
١٩٧٧/٤/٥ فى الطعن ٢٥٠ لسنة ٤٣ ق ، ١٩٧٦/٦/٢٨ ، س ٢٧ ،
س ١٤٣٥ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ ، س ٢٧ ، ٧٣٦ ، س ١٩٧٦/٢/١٠ ، س ٢٧ ،
س ٤٢٢ ، ١٩٧٦/٢/٢٢ ، س ٢٣ ، س ١١٥٨ .
(٢٣) نقض ٢٠ / ١٢ / ١٩٨٧ ، ٢٨ / ٥ / ١٩٨٦ ،
١٩٨٥/١٢/٤ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، ص ٢٥٤ - ٢٥٥ .
(٢٤) أبو الوفا - نظرية الدفع ، ص ٢١٣ . نقض مدنى
١٩٨٤/١٢/١٣ فى الطعن ٢٠٨ لسنة ٥١ ق . نقض ١٩٧٧/١/٢٦ فى
الطعن ٤٣٩ لسنة ٤٣ ق ، فتى والى ، الوسيط ، ص ٧٢٢ . تارن محمد
كمال عبد العزيز ، والذي يرى أن الحكم بعدم الاختصاص يعتبر حكما منهيًا
للخصومة ولو قضت المحكمة بالاحالة ، ط ٢ ، ص ٤٠٥ .

ومن ثم لا الطعن فيه استقلالا فور صدوره ، وانما يطعن فيه مع الحكم المنهى للخصومة ، وذلك لأن الحكم الصادر برفض الدفع بعدم الاختصاص يعتبر حكما صادرا أثناء نظر الدعوى ، مما يجعل المحكمة التى أصدرته تستمر فى نظر موضوع الدعوى الاصلى ، وكذلك الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص فهو الآخر غير منه للخصومة ، حيث تلتزم المحكمة بإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة مما يعنى استمرار الخصومة فيها .

واذا كان ذلك هو صحيح القانون ، الا أن محكمة النقض لم تلتزم به فى جميع الفروض ، حيث كان قد استقر قضاؤها على أن الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص ، أيا كان نوعها ، تعد أحكاما منهية للخصومة وتكون لذلك قابلة للطعن فيها فور صدورها ، وعلى استقلال (٢٥) . ثم عادت فى الفترة الأخيرة وترددت فى أحكامها فى هذا الصدد ، حيث اعتبرت من الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص أحكاما منهية للخصومة ، يجوز الطعن فيها على استقلال (٢٦) ، فى حين اعتبرها فى بعض الأحكام غير منهية للخصومة ، ولا يجوز الطعن فيها على استقلال (٢٧) .

ويكاد يكون قد استقر قضاؤها على أن الحكم الصادر بعدم الاختصاص القيمى يعتبر حكما منهيا للخصومة ، الأمر الذى يجيز الطعن فيه على استقلال فور صدوره (٢٨) .

(٢٥) انظر نقض ١٩٨٠/١٢/٢٧ فى الطعن ٢٨١ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٧٩/٦/٧ فى الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٧٧/١١/١٢ فى الطعن ٦٢٨ لسنة ٤٢ ق ، ١٩٧٦/١١/١٧ ، س ٢٧ ، ص ١٥٩٤ ، ١٩٧٢/٤/٦ ، س ٢٣ ، ص ٦٥٧ .

(٢٦) نقض ١٩٨٤/١٢/١٣ فى الطعن ٢٠٨ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٩٨١/١٢/١٩ فى الطعن ٨١ لسنة ٤٨ ق ، نقض ١٩٧٩/١/٢٠ فى الطعن ٨٩٨ لسنة ٤٣ ق .

(٢٧) نقض ١٩٨٠/١٢/٢٧ فى الطعن ٢٨١ لسنة ٥٠ ق .

(٢٨) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ فى الطعن ٦٤٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨١/١٢/٢٤ ، س ٢٢ ، ص ٢٢٩١ ، ١٩٧٧/١١/١٢ ، س ٢٨ ، ص ١٦٦٨ .

وغنى عن البيان أن الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، والذي لم تقضى المحكمة بإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة ، تبعا لذلك ، يعتبر حكما منهيها للخصومة ، يجوز الطعن فيه فور صدوره توصلا الى تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى .

٣ - أنه حكم يستأنف مع الحكم الختامى :

وأخيرا فإن الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص ، وإن كان حكما صادرا قبل الفصل فى الموضوع ، ومن ثم لا تنتهى به الخصومة ، ولا يطعن فيه الا مع الحكم الختامى المنهى للخصومة ، أن كان قابلا للطعن فيه بطبيعة الحال ، واستئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام الصادرة مثل الفصل فى الموضوع ما لم تكن قد قبلت صراحة (م ٢٢٩ مرافعات) .

وإذا أجاز الطعن استقلالا فى الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص فإنه يكون قابلا للطعن فيه أو ليس قابلا للطعن فيه ، بحسب قيمة الدعوى الصادر فيها الحكم بعدم الاختصاص (م ٢٢٦ مرافعات) .

٤ - الغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص لا يعطى للمحكمة التى

ألغته سلطة الفصل فى الموضوع :

ومن المقرر أن الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ، يجوز الطعن فيها بالنقض بسبب مخالفة قواعد الاختصاص ، وعلى محكمة النقض أن قضت بنقض الحكم لهذا السبب ، أن تقتصر على ذلك ، ولها عند الاقتضاء تعيين المحكمة المختصة التى يجب التقاضى أمامها بإجراءات جديدة (م ١/٢٦٩) (٢٩) . وكذلك الأمر إذا قضت محاكم الدرجة الثانية بالغاء الأحكام المطعون فيها أمامها بسبب عدم الاختصاص ، فيجب عليها الوقوف بحكمها عند مجرد الغاء الحكم ، أو تقرر إعادة الدعوى لمحكمة الدرجة الأولى ، حتى لا يحرم الخصوم من درجة من درجات التقاضى بالنسبة للموضوع .

(٢٩) نقض ١٩٨٦/١٢/١٨ ، ١٩٨٥/١٢/٢٦ ، منشورة فى مجلة

القضاة ، ص ٢١ ، ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

الفرع الثانى

التنازع بشأن الاختصاص

٢٧٤ - تحديد :

إذا رفع نزاع أمام محكمة مختصة به ، ثم رفع النزاع ذاته أمام محكمة أخرى ، مختصة به أصلا أو غير مختصة ، وحدث أن قضيت محكمة أخرى ، مختصة به أصلا أو غير مختصة ، وحدث أن قضت كلاتهما باختصاصها بنظر النزاع ، أو تخلت كلاتهما عن نظره ، فإن نزاعا ينشأ بشأن الاختصاص بين هاتين المحكمتين ، نزاعا ايجابيا فى الحالة الأولى ، سلبيا فى الحالة الثانية . وقد يصل الأمر الى حد صدور حكمان نهائيان متناقضان فى الدعوى نفسها من محكمتين مختلفتين تابعتين لجهة القضاء المدنى . فما هى وسيلة حل مثل هذا التنازع ؟

لا يمكن أن تكون الوسيلة فى هذه الحالات هى رفع الأمر الى المحكمة الدستورية العليا بطلب تحديد المحكمة أو الجهة ذات الولاية ، حيث سيكون الطلب - فى هذه الحالة - غير مقبول ، لأن التنازع لم يكن بشأن الولاية ، وإنما كان بشأن الاختصاص بين محاكم جهة قضاء واحدة (٣٠) .

ولكن الوسيلة فى هذا الصدد تتمثل فى الطعن فى الأحكام الصادرة فى مسألة الاختصاص ، وفقا للقواعد العامة فى الأحكام ، مع ملاحظة ما يأتى :

١ - أن الأحكام الصادرة بالاختصاص أو عدمه لا تقبل الطعن فيها - كقاعدة على استقلال - وإنما يطعن فيها الا مع الحكم الختامى المنهى للخصومة ، والطعن فى الحكم الأخير يستتبع الطعن فى الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع .

٢ - لا تملك المحاكم التى يطعن أمامها فى الأحكام الصادرة من

(٣٠) يراجع ما قلناه سلفا بشأن التنازع فى الولاية .

غيرها ، أن تحكم فى موضوع الدعوى ، اذا ألغت الأحكام الصادرة فيها
لعيب الاختصاص .

٣ - اذا كان هناك تناقض بين حكمين ، فيجوز الطعن بالاستئناف
فى الحكم الأخير ولو كان حكما انتهائيا ، واذا لم يكن الحكم الأول حائزا
لقوة الأمر المقضى (م ٢٢٢ مرافعات) . ويجوز الطعن بالنقض فى الحكم
الأخير متى كان انتهائيا - أيا كانت المحكمة التى أصدرته ، وكان الحكم
الأول حائزا لقوة الأمر المقضى .

المطلب الثانى

الاحالة وأنواعها ووسائلها

الفروع الأول

مفهوم الاحالة وأهميته

٢٧٥ - تعريف الاحالة :

الاحالة هى نقل دعوى مرفوعة الى محكمة من المحاكم الى محكمة
أخرى (٣١) ، وعلى ذلك فالاحالة لا تكون الا بين محاكم مختلفة تتبع
جهة قضاء واحدة ، أو بين محاكم تتبع جهات قضائية مختلفة . وعليه
فلا يعتبر من قبيل الاحالة ، ضم دعوى الى أخرى فى دائرتين مختلفتين
فى محكمة واحدة ، وان اشترك الضم والاحالة فى بعض القواعد
القانونية .

وتختلف الاحالة عند الضم *junction* فى أسباب كل منهما ،
حيث تتعدد أسباب الاحالة ، أما الضم فيكون بسبب واحد هو الارتباط
بين دعويتين ، كما أن ضم الدعاوى يخضع لتقدير المحكمة ، بعكس بعض
حالات الاحالة .

٢٧٦ - أهمية الاحالة :

لقد رأينا أن الدعوى الواحدة يمكن أن ترفع الى أكثر من محكمة :

(٣١) كوستا ، ص ١٦٠ ، بند ١١٦ ، وجدى راغب ، مبادئ ،
ص ٢٩١ .

كل منها مختصة بنظرها ، وقد تتعدد الدعاوى المرتبطة وترفع الى محاكم مختلفة ، وبالتالي يمكن أن يصدر بشأنها احكام متعارضة يصعب التوفيق بينها ، وحرصا على عدم تضارب الاحكام ، وتحقيقا لوحدة الحماية القضائية ، يكون من الضروري أن يفصل فى الدعوى أو الدعاوى المرتبطة من محكمة واحدة ، وهذا يستوجب أن تتخلّى احدى المحاكم عن نظر الدعوى وإحالتها الى المحكمة الأخرى ، اما لأنها المحكمة المختصة بالفصل فيها ، واما لنظرها مع أخرى مرفوعة اليها ، تكون مرتبطة بها برابطة معينة ، ويكون من حسن سير العدالة أن يفصل فيهما معا من محكمة واحدة .

هذا وقد أجاز القانون للخصوم الاتفاق على احوالة الدعوى القائمة بينهم الى محكمة أخرى اتفقوا عليها ، تحقيقا لمصلحة ارتاوها .

الفرع الثانى

حالات الاحالة

٢٧٧ - تحديد :

والاحالة بالمعنى المتقدم تختلف ، وعلى ما رأينا ، باختلاف أسبابها وحالاتها ، فقد تكون وجوبية بسبب عدم الاختصاص أو بسبب قيام النزاع الواحد أمام محكمتين مختلفتين ، وقد تكون جوازية بسبب الارتباط بين دعويين . أو بسبب اتفاق الخصوم على الاحالة . وعليه تكون الاحالة وجوبية فى حالتين ، وجوازية فى حالتين ، وذلك على التفصيل الآتى :

١ - حالتا الاحالة الوجوبية

٢٧٨ - تكون الاحالة من محكمة الى أخرى وجوبية فى حالتين : اذا كانت الاحالة بسبب عدم الاختصاص ، أو كانت بسبب قيام الدعوى الواحدة أمام محكمتين مختلفتين ، على التفصيل الآتى :

٢٧٩ - ١ - الاحالة بسبب عدم الاختصاص :

أوجب المشرع فى المادة ١١٠ من قانون المرافعات ، على المحكمة التى تقضى بعدم اختصاصها ، من تلقاء نفسها أو بناء على دفع مقدم

اليها ، أن تأمر بإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم اختصاصها متعلقا بالولاية ، وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بالفصل فى الدعوى ، ولو كان هذا الاختصاص قد حدد على أساس قاعدة قانونية غير سليمة (٣٢) . وتحال الدعوى الى المحكمة المحال اليها « بحالتها » أى بما اشتملت عليه من اجراءات وأحكام فرعية ، وكل ما تم صحيحا بشأنها أمام المحكمة الاولى يظل كذلك أمام المحكمة الثانية ، وتتابع الخصومة سيرها أمام المحكمة الثانية من النقطة التى وقفت عندها أمام المحكمة الاولى (٣٣) ، كما يجوز للخصم كذلك إبداء سائر الطلبات والدفع أمام المحكمة الجديدة ما لم يكن قد سقط الحق فيها بسبب آخر . وتحدد المحكمة المحيلة جلسة للخصوم لنظر الدعوى أمام المحكمة المحال اليها ، وعلى قلم الكتاب اخبار الغائبين من الخصوم بهذه الجلسة بكتاب مسجل يعلم الوصول « م ١١٣ » . وحكمة هذه الاحالة الوجوبية هى حرص المشرع على تجنيب المدعى مشقة اعادة رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة أو الجهة ذات الولاية ، واعادة الاجراءات التى تمت فى الخصومة ، خاصة مع اعتبار أن قواعد الاختصاص والولاية القضائية تعد قواعد دقيقة يكون المدعى معذورا فى خطئه بشأنها (٣٤) .

(٣٢) نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ فى الطعن ٦٤٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٥/١١/٢٧ فى الطعن ٣٥٥ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٨٥/١٢/٤ فى الطعن ١٤٨٣ لسنة ٥٢ ق ، نقض مدنى ١٩٧٧/١١/٢٩ فى الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٤ ق ، ١٩٧٦/٢/٢١ ، س ٢٧ ، ص ٤٨٠ ، ١٩٧٦/٣/٢٩ ، س ٢٧ ، ص ٧٧٩ ، ١٩٧٢/٥/٩ ، س ٢٣ ، ص ٨٢٨ ، ١٩٦٤/٢/٥ ، س ١٥ ، ص ٣١١ .

(٣٣) نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، ص ٢٥٤ ، نقض ١٩٨٥/١٢/١ ، مجلة القضاة ، س ٢١ ، العدد الاول ، ص ٢٥٤ . انظر نقض ١٩٧٧/٣/١٦ فى الطعن ٦٦٨ لسنة ٤٢ قضائية ١٩٦٣/٦/٢٠ س ١٤ ص ٨٩٦ . قد قضت محكمة النقض بأن صدور حكم تهيدي من المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى الى التحقيق قبل الفصل فى موضوعها لا يمنع من إحالتها الى محكمة المواد الجزئية المختصة بها (نقض ١٩٥٥/٢/١ الحاماة س ٣٩ ص ٥١٧) .

(٣٤) رمزى سيف بند ٣٢٩ . وان لم يكن معذورا فقد تحكم عليه المحكمة بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات . مع ملاحظة أن قضاء المحكمة

وجدير بالذكر أن المحكمة المحال اليها الدعوى نتيجة الحكم بعدم الاختصاص ، وان كانت تلتزم بالفصل فى الدعوى ، فانها مقيّدة بالأسباب التى بنى عليه الحكم بعدم الاختصاص ، وعلى ذلك فان رأت المحكمة الثانية عدم اختصاصها بنظر الدعوى المحال اليها لأسباب أخرى تختلف عن تلك التى بنى عليها حكم الاحالة ، فانها تقضى بعدم اختصاصها واحالة الدعوى الى المحكمة التى تراها مختصة بنظرها (٣٥) .

ويطبق حكم المادة ١١٠ على سائر محاكم الدرجة الواحدة (٣٦) ، فان حكمت محكمة جزئية بعدم اختصاصها محليا بنظر دعوى معينة فانها تحيلها وجوبيا الى المحكمة الجزئية المختصة ، واذا كان عدم اختصاصها راجعا الى نوع الدعوى أو قيمتها فانها تأمر باحالة الدعوى الى المحكمة الابتدائية ، وتلتزم هذه المحكمة بحكم الاحالة (٣٧) ، وان رأت هى الاخرى ، عدم اختصاصها لسبب آخر ، أحالت الدعوى الى المحكمة المختصة « جزئية » أو محكمة تنفيذ أو محكمة متخصصة « (٣٨) . وكذلك بالنسبة لمحاكم الاستئناف فان قضت محكمة منها بعدم اختصاصها بنظر الطعن ، فانها تأمر باحالة الدعوى الى محكمة الاستئناف

الجزئية باحالة الدعوى الى المحكمة الابتدائية لاختصاصها قيميا ، مؤداة اعتبار الدعوى زائدة على ٢٥٠ جنيه (٥٠٠) ولو كان الحكم قد خالف القانون وتلتزم المحكمة المحال اليها بنظر الدعوى والحكم الصادر منها فى الموضوع يكون تابلا للطعن فيه بالاستئناف نقض ١٩٧٦/٢/٢١ - س ٢٧ هـ ٤٨٠ .

(٣٥) أنظر أحمد أبو الوفا بند ٢١٥ ، إبراهيم سعد ص ٥٢٥ . أحمد السيد صاوى بند ١٢٢ هـ ١٣٠ .

(٣٦) سواء كانت الاحالة من محكمة الى أخرى من نفس طبقتها أو كانت من طبقة أعلى أو أدنى (نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ س ٢٧ ص ٧٧٩) . (٣٧) أنظر فى نقد هذا الوضع أحمد مسلم ص ٢٩٦ بند ٢٧٧ الذى يرى غرابة أن حكم المحكمة الجزئية يلزم المحكمة الابتدائية مع أن هذه الأخيرة تعد جهة استئناف للمحكمة الأولى ، والتى قد ترى المحكمة الابتدائية خطأ المحكمة الجزئية ، فكيف تلتزم بخطأ من وظيفتها تصحيحه ؟

(٣٨) نقض ١٩٧٦/٢/١٠ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ ص ١٦١ فتحى والى - الوسيط ص ٣٣٣ .

المختصة (٣٩) . أما اذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى لصدوره منها فى غير اختصاصها ، فلا تامر فى هذه الحالة باحالة الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى المختصة . اذ ان الاحالة لا تكون الا تبعا للحكم بعدم اختصاص المحكمة ذاتها ، مصدرها الحكم وليس تقرير عدم اختصاص محكمة أخرى (٤٠) .

واذا رفعت دعوى موضوعية امام قاضى الأمور المستعجلة فانه يقضى بعدم اختصاصه بنظرها واحالة الدعوى الى محكمة الموضوع « جزئية او ابتدائية » (٤١) . أما اذا رفعت اليه دعوى وقتية لم يتوافر بشأنها شرط الاستعجال ، فانه يقضى بعدم قبول الدعوى الوقتية ، ولا يحيل الدعوى الى محكمة الموضوع لان الاحالة لا تكون الا تبعا للحكم بعدم الاختصاص (٤٢) .

ويطبق حكم المادة ١١٠ اخيرا ، ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية ، فتتم الاحالة من المحكمة المدنية تبعا لانتفاء ولايتها الى الجهة ذات الولاية سواء كانت القضاء الادارى او أية جهة قضاء استثنائية ولو كانت لجنة ذات اختصاص قضائى (٤٣) .

٢٨٠ - ٢ - الاحالة لرفع ذات النزاع امام محكمتين مختلفتين :

Renvoi pour litispendance

اذا حدث ورفعت دعوى واحدة امام محكمتين مختلفتين ، فلا يستطيع الخصم أن يدفع بعدم اختصاص احدها بنظر الدعوى ،

(٣٩) نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ س ٢٧ ص ٧٧٩ وقضت فيه بأن الحكم الصادر بعدم اختصاص من محكمة ابتدائية بهيئة استئنائية وباحالته الى محكمة الاستئناف . فانه يلزم المحكمة الأخيرة .

(٤٠) انظر رمزى سيف ص ٣٩١ . ابراهيم سعد - ص ٥٢٦ . فتحى والى - قانون القضاء المدنى ص ٥٦٩ .

(٤١) انظر نقض ١٩٧٧/٦/٢٢ الطعن ٧٧٢ السنة ٤٣ قضائية .

(٤٢) انظر فتحى والى - ص ٣٣٢ وهامش (٣) .

(٤٣) فتحى والى - الوسيط ص ٣٣٤ . عكس ذلك - ابو الوفا -

« اذ أن الغرض أن كلاهما مختصة أصلاً بنظر الدعوى » (٤٤) ، وإنما يكون له أن يطلب إحالة الدعوى الى المحكمة الأخرى ، ويطلق البعض على هذه الاحالة اصطلاح الاحالة للترديد (٤٥) ، وإذا تعددت المحاكم المختصة محليا بنظر دعوى معينة ، ورفعت الدعوى بالفعل أمام محكمة معينة منها ، فإن ذلك من شأنه جعل المحاكم الأخرى غير مختصة بنظر هذه اندعوى ، ولكن نظرا لأن المحكمة الثانية مختصة أصلاً بنظر الدعوى فلا يجوز لذلك الدفع بعدم اختصاصها وإنما بإحالة الدعوى الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أولا (٤٦) . وقد نظمت المسادتان ١٠٨ ، ١١٢ مرافعات الاحالة فى هذا الغرض .

٢٨١ - شروط الحكم بالاحالة :

ويشترط لقبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع الى محكمتين مختلفتين ما يأتى :

١ - أن تكون الدعوى واحدة :

يشترط للدفع بالاحالة فى هذا الغرض أن تكون الدعوى واحدة . بمعنى أن تكون الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الأولى هى نفسها أمام المحكمة الثانية ، وبمعنى أكثر دقة أن تتحد الدعوى الأولى مع الدعوى الثانية فى الخصوم والسبب والموضوع (٤٧) ولا يمنع من توافر وحدة الموضوع اختلاف المطلوب فى احدى الدعويين عن المطلوب فى الأخرى ، اذا كان المطلوب فى احدها يستغرق *Continenza* المطلوب فى

: (٤٨) وذلك فى الحالات التى يمكن فيها رفع الدعوى أمام أكثر من محكمة ، مثل الدعاوى الشخصية العقارية ، والدعاوى التجارية والدعاوى الوقتية ، والدعاوى التى يتعدد فيها المدعى عليهم . وهذا التعدد لا يكون كقاعدة الا بالنسبة للاختصاص المحلى فحسب ، فلا يتصور تعدد الاختصاص النوعى أو القيمى أو الوظيفى بالنسبة للدعوى الواحدة (قارن أحمد مسلم - ص ٢٩٧) .

(٤٥) أحمد مسلم - أصول المرافعات ص ٢٩٧ بند ٢٧٨ .

(٤٦) وان كان البعض يرى أن الدفع بالاحالة يتضمن معنى الدفع بعدم الاختصاص . رمزى سيف بند ٣٢٥ ص ٣٩٧ قارن فتحى والى - الوسيط - الإشارة السابقة .

(٤٧) زانزوكى - ج ١ ص ٤٩٨ بند ٩١

الأخرى (٤٨) ، كما لو كان المطلوب فى احداها الحكم بالفوائد والدين وكان المطلوب فى الأخرى الحكم بالفوائد وحدها . وعلى ذلك فلا يكفى مجرد الارتباط للحالة فى هذا الفرض (٤٩) .

٢ - أن تكون الدعوى الواحدة مرفوعة أمام محكمتين مختلفتين (٥٠) :

وهذا الشرط يقتضى توافق :

- أن تكون المحكمتان مختلفتين :

فلا يقبل الدفع بالحالة اذا كانت الدعوى مرفوعة الى محكمة معينة ، ثم رفعت بعد ذلك وبصحيفة جديدة أمام المحكمة نفسها ، ولو كانت أمام دائرة أخرى ، فوسيلة ذلك هو الضم وليس الاحالة وقد يكون من تلقاء نفس المحكمة (٥١) .

- أن تكون المحكمتان تابعتين لجهة قضاء واحدة :

فان كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة من محاكم القضاء الادارى ثم رفعت هذه الدعوى الى احدى محاكم القضاء المدنى ، فلا يجوز الدفع بالحالة أمام هذه المحكمة الأخيرة ، وانما يمكن لهذه المحكمة أن تقضى « ام' من تلقاء نفسها أو بناء على طلب » بانتفاء ولايتها واحالة الدعوى الى جهة القضاء الادارى وجوبا « م ١١٠ مرافعات » .

(٤٨) أحمد مسلم - ص ٢٩٨ . فتحى والى - الوسيط ص ٣٣٦ .
رمزى سيف ص ٣٩٧ . كوستا بند ١١٦ ص ١٦٠ - ١٦١
(٤٩) إبراهيم سعد - ص ٥٢٨ . عكس ذلك محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ٢ بند ٧٥٠ ص ٢٥٩ محمد كمال عبد العزيز ص ٢٦٠ .
(٥٠) ولا يشترط أن تكون الدعوتان مرفوعتين بطلب أصلى أمام المحكمتين ، فقد ترفع الدعوى أمام احداها بطلب أصلى ، وترفع أمام المحكمة الأخرى بطلب عارض (محمد كمال عبد العزيز - الإشارة السابقة - فتحى والى ص ٣٣٦ . رمزى سيف - بند ٣٢٦ ص ٣٩٧) .
(٥١) فتحى والى - الإشارة السابقة . محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ٢ ص ٢٥١ بند ٧٥٠ .

- أن تكون المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى :

فان كانت احداها غير مختصة بنظر الدعوى وفقا لقواعد الاختصاص المحلى ، فان كانت المحكمة الاولى غير مختصة ، فيمكن الدفع امامها بعدم الاختصاص وليس بالاحالة ، ويتحتم فى هذه الحالة احالة الدعوى الى المحكمة الثانية ان قضت الاولى بعدم اختصاصها ، وان كانت المحكمة الثانية هى المختصة فلا يعقل احالة الدعوى منها ، وهى مختصة بها ، الى المحكمة الاولى وهى غير مختصة بها .

- أن تكون المحكمتان من نفس الطبقة :

فلا يتصور الاحالة - بناء على دفع الاحالة - من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية ، اذ ليس من المتصور التعدد فى المحاكم المختصة نوعيا او قيميا بنظر الدعوى ، وبالتالي فلا يتصور رفع الدعوى الواحدة امام محكمة جزئية ، وفى نفس الوقت امام محكمة ابتدائية ، وحتى لو حدث ذلك فلا بد ان تكون احداها غير مختصة بنظرها وعليها احالة الدعوى وجوبا الى المحكمة الأخرى تبعا للحكم بعدم الاختصاص . ومن ناحية أخرى لا تجوز الاحالة من محكمة درجة أولى الى محكمة درجة ثانية ، والعكس صحيح ، فلو رفع نزاعا الى محكمة درجة أولى ، ثم كان هذا النزاع مرفوعا الى محكمة استئناف « كطعن عن حكم صادر من محكمة درجة أولى فى ذات النزاع » . فلا يمكن احالة الدعوى من محكمة الاستئناف الى محكمة الدرجة الاولى نظرا لما فى ذلك من اخلال بدرجات التقاضى (٥٢) ، اذ مؤداه ان تنظر محكمة درجة أولى فى طعن عن حكم لمحكمة فى نفس طبقتهما ، كما لا تجوز الاحالة من محكمة الدرجة الاولى الى محكمة الدرجة الثانية ، وانما الذى يمكن الدفع به امام محكمة الدرجة الاولى هو الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها من المحكمة المطعون على حكمها بالاستئناف (٥٣) . فضلا عن ان الاحالة لا تكون الا بالنسبة لدعويين قائمتين بالفعل امام محكمتين من نفس الطبقة .

... (٥٢) عكس ذلك ، أبو الوفا : نظرية الدفع فى قانون المرافعات ،

بند ١١٩ ، ص ٢٥٢ - ٢٥٣ .

(٥٣) انظر فى هذا - رمزي سيف ص ٣٩٨ - ٤٠٠ ابراهيم سعد

ص ٥٢٠ عكس ذلك محمد وعبد الوهاب العشماوى بند ٧٥٠ . محمد كمال

٣ - أن تكون الدعوى قائمة أمام المحكمتين :

فلا يجوز الدفع بالاحالة اذا كانت الدعوى قد انتهت أمام احدى المحكمتين لأى سبب من الأسباب ، سواء كان بالحكم فى موضوعها أو بالحكم قبل الفصل فى موضوعها كالحكم بسقوطها أو ببطلان صحتها أو باعتبارها كان لم تكن .

ب - حالتا الاحالة الجوازية

٢٨٢ - تكون الاحالة من محكمة الى أخرى جوازية فى حالتين آخرتين هما : اذا كانت الاحالة بسبب اتفاق الخصوم ، أو كانت بسبب الارتباط القائم بين دعويين ، على تفصيل نوردته فيما يلى :

٢٨٢ - ١ - الاحالة بسبب الاتفاق :

اذا سلمنا - وعلى ما رأينا - بجواز اتفاق الخصوم على مخالفة قواعد الاختصاص المحلى قبل رفع الدعوى ، فانه يجب علينا التسليم بصحة اتفاقهم على مخالفة تلك القواعد بعد رفع الدعوى ، وذلك باتفاقهم على نقل دعواهم من المحكمة المرفوعة اليها الى محكمة أخرى اتفقوا على اختصاصها بنظرها .

ويجوز للمحكمة المرفوع أمامها الدعوى - احتراماً لارادة الأفراد - أن تامر بإحالة الدعوى الى المحكمة المتفق عليها (م ١١١ مرافعات) .

عبد العزيز ص ٢٦٠ . وأن كان البعض يرى جواز الاحالة من محكمة درجة ثانية الى محكمة درجة ثانية أخرى بشرط أن تكون من نفس الطبقة (العشماوى بند ٧٥٠ - كمال عبد العزيز ص ٢٦٠) ونرى أنه لا تجوز الاحالة هنا ايضاً بناء على دفع بالاحالة . لأن اختصاص معاكم الدرجة الثانية المحلى بعد اختصاصاً متملماً بالوظيفة ، وبالتالي ان رفع طعن أمام محكمة استئناف المنصورة مثلاً عن حكم صادر من محكمة الزقازيق الابتدائية ، ثم رفع ذات الطعن أمام محكمة استئناف القاهرة ، كان على هذه المحكمة الأخيرة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها وإحالة الدعوى الى محكمة استئناف المنصورة لأنها المختصة محلياً (اختصاصاً وظيفياً) بنظر الطعون المتعلقة بأحكام محكمة الزقازيق الابتدائية .

وهذا النوع من الاحالة لا يكون وجوبيا على المحكمة (٥٤) ، لأنها فى الأصل مختصة بالفصل فى الدعوى . واذا كانت الاحالة جوازية ، فهى لا تلزم المحكمة المحال اليها الا اذا كان الاتفاق على عقد الاختصاص لها صحيحا .

٢٨٤ - ٢ - الاحالة بسبب الارتباط : Renvoi pour connexité

تفترض هذه الحالة أن تكون أمام محكمتين مختلفتين دعويان مختلفتان على الأقل ، وليست دعوى واحدة ، ولكن يوجد بينهما صلة ارتباط Connessione فى السبب أو فى الموضوع أو فى الخصوم ، ونظرا لاختلاف الدعويين فمن الممكن رفع كل منهما على استقلال أمام محكمتين مختلفتين ، تختص كل منها بنظر الدعوى المرفوعة اليها ، ويمكن أن يصدر فيهما حكمان مستقلان ، لا يجوز أى منهما حجبه فى الدعوى الأخرى .

ولكن عملا على حسن سير العدالة ، وتيسير الفصل فى الخصومات ، ومنعنا من تضارب الأحكام ، فإن ذلك يقتضى جمع هذه الدعاوى المرتبطة أمام محكمة واحدة للفصل فيها بحكم واحد ، وهذا لا يكون جائزا الا بناء على دفع يقدم من المدعى عليه فى إحدى الدعاوى بإحالتها الى المحكمة الأخرى التى تنظر دعوى مرتبطة بها ويسمى الدفع عندئذ بالدفع بالاحالة للارتباط . واختلف الرأى فى تعريف الارتباط ، نظرا لأن المشرع لم يورد تعريفا له ، غير أن الارتباط - وعلى ما رأينا - يتوافر اذا كان بين الدعويين عنصر أو أكثر من عناصرها مشترك بينهما كوحدة الموضوع ، أو السبب ، أو الخصوم ، ولكن هذه الوحدة ليست شرطا لازما لهذا الارتباط ، فقد يتوافر رغم انتفاء هذه الوحدة ، ان كانت هناك صلة وثيقة بين طلبين تجعل من المصلحة جمعهما ، لتفصل فيهما محكمة واحدة ، تفاديا لصدور أحكام متعارضة أو يصعب التوفيق بينها لو نظرت الطلبين محكمتان مختلفتان (٥٥) .

(٥٤) فتحى والى ، الوسيط ، بند ١٨٧ ، رمزى سيف ، بند ٣٢٠ ، أحمد - مسلم ، بند ٢٧٥ .

(٥٥) أنظر رمزى سيف - ص ٤٠١ بند ٣٢٩ . موريل بند ٢٨٣

فان توافر الارتباط (٥٦) على النحو المتقدم بين دعويين كان للخصم ان يقدم دفع باحالة الدعوى لاي من المحكمتين .

٢٨٥ - شروط الاحالة :

ويشترط للحكم بالاحالة للارتباط ما يلي :

١ - ان تكون الدعويان مرفوعتين امام محكمتين مختلفتين :

فلا تجوز الاحالة بناء على دفع بالاحالة اذ كانت الدعويان مرفوعتين امام دائرتين في محكمة واحدة ، ويجب ان تكون المحكمتان تابعتين لجهة قضاء واحدة ، وان تكون المحكمتان من نفس النوع ، فلا تجوز الاحالة من محكمة جزئية الى محكمة ابتدائية والعكس صحيح ، كما لا تجوز الاحالة من محكمة درجة أولى الى محكمة درجة ثانية والعكس كذلك صحيح ، لما في ذلك من اخلال بدرجات التقاضى .

٢ - ان تكون المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى المرفوعة الى كل منهما :

فيجب ان تكون المحكمة المحيلة مختصة بنظر الدعوى المرفوعة اليها من جميع الوجوه ، فان كانت غير ذلك ، بان كانت غير مختصة ، كانت الاحالة وجوبية تبعا للحكم بعدم اختصاصها ، كما يجب ان تكون كل منهما مختصة محليا بالدعوى المحالة اليها تبعا للارتباط (٥٧) .

٣ - ان تكون الدعويان قائمتين بالفعل امام المحكمتين :

فان كانت احدهما قد انقضت امام المحكمة بالحكم فى موضوعها او بحكم منه لها قبل الفصل فى موضوعها ، فلا تجوز الاحالة عندئذ .

(٥٦) ولو لم يكن هناك وحدة فى الموضوع او السبب او الخصوم (العشايوى - بند ٧٥٤ . رمزى سيف بند ٣٣٠) وتقدير توافر الارتباط امر موضوعى تستقل بتقديره المحكمة المقدم اليها الدفع ، غير خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٢ ، ص ٢٦ ، ص ١٦٤٠ (٥٧) رمزى سيف بند ٣٣٠ ص ٤٠٣ . ابو الوفا - الدفوع بند ٦٥ . عكس ذلك العشايوى بند ٧٥٥ .

الفرع الثالث

وسيلة الاحالة والحكم بها

١ - وسيلة الاحالة

٢٨٦ - وسيلتان :

إذا كانت الاحالة وجوبية بسبب عدم الاختصاص ، فإن وسيلتها هي الدفع بعدم الاختصاص . وان كانت بسبب آخر كانت الوسيلة هي الدفع بالاحالة :

١ - الدفع بعدم الاختصاص :

رأينا فيما سبق كيف أن المشرع قد أوجب على المحكمة - عندما تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، لئى سبب من الأسباب ، اما بناء على طلب من أحد الخصوم أو تلقاء نفس المحكمة ، أن تقضى بالاحالة الدعوى الى المحكمة المختصة . وإذا لم يكن عدم الاختصاص راجعاً الى القواعد المتعلقة بالنظام العام ، فإن الاحالة لا تكون الا بناء على دفع بعدم اختصاص المحكمة مقدم من المدعى عليه ، قبل ابداء أى دفع أو دفاع فى الدعوى . وقد سبق أن تحدثنا على ذلك تفصيلا .

ب - الدفع بالاحالة :

وإذا كانت الاحالة بسبب الارتباط أو بسبب قيام النزاع ذاته أمام محكمتين مختلفتين ، فإن وسيلة الاحالة فيهما تتمثل فى دفع اجرائى يقدم الى أى من المحكمتين فى الغرض الأول ، أو الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أخيراً فى الغرض الثانى ، يعرف بالدفع بالاحالة ، وقد نظمت أحكام هذا الدفع المادتان ١٠٨ ، ١١٢ من قانون المرافعات ولقد ساوت المادة ١٠٨ بين هذا الدفع والدفع بعدم الاختصاص المحلى ، وجعلت منه دفعا اجرائيا يجب ابداءه قبل أى طلب أو دفاع فى الدعوى ، أو دفع بعدم القبول ، والا سقط الحق فى ابدائه ، ويقدم الدفع بالاحالة من المدعى عليه وحده ، فليس للمدعى أن يتمسك به لو كانت له مصلحة فى الاحالة (٥٨٠) .

ويقدم الدفع بالاحالة فى حالة قيام دعوى واحدة أمام محكمتين مختلفتين الى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أخيرا (م ١/١١٢) ، على أساس أن رفع الدعوى أولا الى المحكمة الأولى من شأنه نزع الاختصاص (حكما) من المحكمة الثانية . والعبرة فى ذلك بتاريخ رفع الدعوى ، أى بتاريخ ايداع الصحيفة قلم الكتاب (٥٩) . أما اذا كان سبب الدفع بالاحالة هو الارتباط ، فيجوز ابداء الدفع أمام أى من المحكمتين (م ٢/١١٢ مرافعات) .

٢٨٧ - سلطة المحكمة فى الحكم بالاحالة :

لا تقضى المحكمة بالاحالة من تلقاء نفسها ، وإنما بناء على دفع من ذوى الشأن مستوف لشروطه . فالدفع بالاحالة لا يتعلق بالنظام العام فى قانوننا المصرى ولو تعلق الأمر بنزاع واحد مرفوع الى محكمتين مختلفتين . وعلى ذلك فلا يجوز لغير المدعى عليه التمسكه بليس للمدعى ولو كانت له مصلحة الدفع بالاحالة كما لا يجوز للمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها (٦٠) .

ولكن اذا توافرت شروط قبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين ، فعليها وجوبا الأمر بالاحالة الى المحكمة الأولى ، وليس لها

(٥٩) وإذا أودعت الصحفتان فى يوم واحد ، فالعبرة بتاريخ الجلسة الأولى لنظر الدعوى أمام كل من المحكمتين (زانزوكى ، ج ١ ، ص ٩٨ ، بند ٩١) .

(٦٠) نقض ١٩٧٣/٦/١٤ س ٢٤ ص ٩١٩ على عكس القانون الإيطالى الذى يجيز فى المادة ٣٩ منه للقاضى الذى رفع اليه النزاع ثانيا أن يقضى من تلقاء نفسه وفى أية حالة كانت عليها الإجراءات وفى أى درجة من درجات التقاضى بشطب الدعوى من الجدول . انظر زانزوكى بند ٩١ ص ٢٩٨ ج ١ وما بعدها . سانا فى تعليقه على المادة ٣٩ - التعليق ج ١ ص ١٦٩ وما بعدها . ولو لأول مرة أمام محكمة النقض (انظر أحكام النقض الإيطالية المشار اليها فى زانزوكى ج ١ ص ٢٩٨ هاش ١٤٨) . وذلك اذا كانت الدعوى الثانية هى ذاتها الدعوى الأولى) . انظر فى حكم القانون الإيطالى فى هذا الشأن زانزوكى ص ٢٩٨ وما بعدها . سانا - التعليق ص ١٦٩ وما بعدها . كوستا ص ١٦١ .

سلطة تقديرية في هذا الشأن وذلك بعكس الاحالة للارتباط ، اذ يجوز للمحكمة التى رفع اليها الدفع بالاحالة أن ترفضه رغم توافر شرائطه ، اذا ما قدرت أن الاحالة قد تعطل الفصل فى أى من الدعويين أو حكما وجدت أن الاحالة لا تحقق الفائدة المبتغاة (٦١) .

واذا ما قضت المحكمة بالاحالة ، وجوبا أو جوازا ، فإن المحكمة المحال اليها الدعوى تلتزم بنظرها (م ٢/١١٢) فلا يجوز لها أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، وعلى المحكمة المحيلة فى جميع الأحوال أن تحدد للخصوم جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة المحال اليها ، يقوم قلم الكتاب باخبار الغائبين من الخصوم بها بكتاب مسجل بعلم الوصول (م ١١٣) وتنتقل الدعوى الى المحكمة المحال اليها بكافة الاجراءات التى تمت فيها أمام المحكمة المحيلة وتتابع سيرها أمام المحكمة المحال اليها من حيث انتهت اجراءاتها أمام المحكمة الاولى (٦٢) .

(٦١) فتحى والى - الوسيط ص ٣١٨ - رمزى سيف ص ٤٠٤
بند ٣٣١ .
(٦٢) نقض ١٩٧٧/٣/١٦ فى الطعن ٦٦٨ ص ٤٢ ص ٧ .

البَابُ الْخَامِسُ
الدَّعْوَى الْفُضَائِيَّةُ

L'action en justice

تمهيد

٢٨٨ - كان من الطبيعي أن توجد الدولة - وقد منعت الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم - وسيلة قانونية يلجأ إليها الأفراد لحماية حقوقهم من الاعتداء عليها ، والدفاع عنها ، خاصة بعد أن أخذت الدولة على عاتقها واجب إقامة العدالة بين مواطنيها ، ولذا أنشأت جهازها القضائي ، ومنحته من الضمانات ما يكفل له القيام بهذه المهمة ، ومنحت الدولة الأفراد - دون تمييز بينهم - حق اللجوء الى هذا الجهاز طلبا لحمايته ، وجعلت منه حقا عاما ، يتمتع به كافة ، ولا يكون قابلا للتنازل أو الانقضاء بعدم الاستعمال .

وإذا ما كان حق التقاضي ، مصون وتكفله الدولة للأفراد ، إلا أن ممارسة هذا الحق ، لا يجب أن يتم بطريقة عشوائية غير منظمة ، وإنما تجب ممارسته وفقا للأوضاع والإجراءات التي يحددها المشرع في هذا الشأن . ولما كانت وظيفة القضاء ، وظيفة عامة ، تبأثر وفق مقتضيات معينة ، فإنها لا تبأثر بطريقة تلقائية ، وإنما يجب طلب هذه الوظيفة ممن قامت به الحاجة الى حماية القضاء لحقوقه ومصالحه ، ولذلك لا تبأثر وظيفة القضاء إلا عندما تقوم الحاجة الى حمايته ، حتى يكون هناك مبررا لتدخل القضاء .

وسبيل المشرع في ذلك هو تنظيمه لفكرة الدعوى ، والتي جعل منها حقا في الحصول على حماية القضاء ، إلا أن هذا الحق لا يقوم إلا بتوافر مفترضاته ومقتضياته والتي يعبر عنها الفقه بشرائط قبول الدعوى ، والتي ان توافرت بالنسبة لشخص معين نشأ له الحق في الحصول على حماية القضاء ، أي الحصول على حكم في موضوع دعواه .

وينظم المشرع الإجراءات القانونية اللازم اتخاذها للحصول على هذا الحكم ، وهي إجراءات يقوم ببعضها الخصوم ، ويقوم بالبعض الآخر القاضي وأعدائه . وتمثل هذه الإجراءات في مجموعها بما يسمى بالخصومة

القضائية والتي تعتبر شكلا عاما للتعامل القضائي . ولكن المشرع قد ينظم شكلا آخر يصدر فيه العمل القضائي مثل العريضة، في نظامنا القضائي ، بالنسبة للأوامر القضائية (أوامر الأداء وأوامر التقدير) .

وإذا كانت أحكام القضاء تصدر بصفة عامة في خصومة ، فإنها لا تصدر إلا بعد بحث متعمق لوقائع الدعوى ، ودراسة مستفيضة لما يقدمه الخصوم من دفوع وأوجه دفاع ، الأمر الذي يضمن لنا حدا ما لعدالة ما يصدر عن القضاء من أعمال . ولكن ذلك لا يجب أن ينسينا أن هذه الأعمال إنما تصدر عن القضاة وهم بشر ، وهم لذلك قد يقعون - مثلهم في ذلك مثل سائر الأفراد - في الخطأ والتباعد عن الصواب - الأمر الذي يقتضى إيجاد وسيلة ما لمراجعة ما يصدر عنهم من أعمال ، ضمانا للوصول الى عدالتها . ولكن هذا لا يجعلنا نفتح الباب أمام الخصوم للمنازعة من جديد حول ما قضت به هذه الأحكام . ولذلك كان من الضروري أن تحدد طرق الطعن في الأحكام على سبيل الحصر ، وباستنفاد هذه الطرق ، يصبح الحكم عنوانا للحقيقة التي لم تعد قابلة للجدل أو المناقشة .

٢٨٩ - تقسيم :

وإذا كانت الدراسة العلمية للتقاضى أمام القضاء المدني ، تقتضى البدء بدراسة الدعوى ، أو الحق فيها ، باعتبارها الوسيلة القانونية التي يمارس بها حق اللجوء الى القضاء ، ثم دراسة اجراءات الحصول على حماية القضاء ، أى دراسة الاجراءات التي يمارس بها النشاط القضائي . ثم نبين فكرة الحكم القضائي وما يرتبه من آثار قانونية ، ثم الوسائل التي حددها المشرع لمراجعته ، أى طرق الطعن في الأحكام . وذلك بغية أن انتهينا في الجزء الأول من قنواعد التنظيم القضائي وأحكامه .

وتنظر الأهمية العملية البالغة لاجراءات التقاضى وقواعدها ، فقد رأينا أن نخصها بمؤلف مستقل ، نتناول فيه الاجراءات القضائية التي نظمها المشرع للحصول على حماية القضاء ، سواء كانت الاجراءات العادية

للقضاى ، أو الاجراءات الخاصة التى يحددها المشرع ، ثم الأعمال القضائية الصادرة فى هذه الاجراءات بنوعيتها .

وعلى هذا نقتصر فى هذا المقام على الدعوى القضائية ، لتكون دراستها فى باب خامس ، ينضم الى الأبواب الأربعة السابقة المكونة لهذا الجزء ، الذى يعبر عن دراسة التنظيم القضائى حالة سكونه ، ليكون الجزء الثانى ممثلا لدراسة التنظيم القضائى ، مؤديا وظيفته ، أى حال حركته .

- مفهوم الدعوى
- شروط قبولها
- تقسيماتها

٢٩٠ - تمهيد وتقسيم :

تعد الدعوى القضائية ، أداة قانونية للحصول على حماية القضاة للحقوق والمراكز القانونية Une Voie de droit (١) بل تعد من أخطر الوسائل القانونية للحصول على هذه الحماية وأهمها . خاصة بعد أن منعت الدولة المعاصرة - كقاعدة - نظام القضاء الخاص justice privé الذى كان سائدا فى ظل المجتمعات القديمة ، فلم يعد جائزا - كاصل عام - أن يقتضى الفرد لنفسه وبوسائله ، وإنما كل ماله - عند الاعتداء على حقه أو التهديد به - أن يلجأ الى الجهة المنوط بها اقتضاء الحقوق ، وحمايتها من الاعتداء عليها أو التهديد به ، وذلك عن طريق ما يحدده المشرع من وسائل فى هذا الشأن ، ومنها الدعوى ، والتي تعد وسيلة عامة لاقتضاء الحقوق وحمايتها ، (٢) ، (٣) .

Solus H. et perrot. R; Droit Judiciaire prive, T.I, Srey. (١)
1961, No 91 p. 94 .

Morel René : Traité élémentaire de procédure civile, 3'
éd. 1949 No 22 .

رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية -
دار النهضة العربية ١٩٦٨ - ١٩٦٩ بند ٧٠ ص ١٠١
(٢) انظر وجدى رافع فهمى - مبادئ الخصومة المدنية ١٩٧٨
ص ١٠٢ فتوى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى سنة ١٩٨٠ ص ٥٧،
أحمد مسلم - أصول المرافعات ١٩٧٩ ص ٣٠٩ بنسب ٢٨٧ ، عبد المنعم
الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - رسالة مطبوعة سنة ١٩٤٧
ص ١١ وما بعدها . عبد الباسط جبيعى - مبادئ المرافعات ١٩٨٠ ص ٢٦٦
(٣) يتضح بذلك أن الدعوى ليست هى الوسيلة الوحيدة لحماية
الحق ، فقد يقرر المشرع وسائل أخرى لحماية الحقوق ، مثل الدفاع الشرعى ،
والحق فى الحبس ، والأحكام الى شخص ثالث .

والدعوى رغم أهميتها ، يشوبها الكثير من الغموض والابهام ، نظرا للفقر التشريعي . في تنظيمها ، ولهذا كانت وما زالت محلا لخلاف فقهي محتدم لم يئته الى نتيجة مؤكدة حتى اليوم ، من حيث تحديد ماهيتها وطبيعتها وشروط قبولها .

وسنحاول - من جانبنا - الوقوف على حقيقة الدعوى ، بتحديد مفهومها ، وبيان طبيعة الحق فيها ، وشروط قبولها وتقسيماتها المختلفة . ولجئنا أن تأتي هذه المحاولة المتواضعة بثمرة ما ، تضاف الى الثمرات الطيبة التي ائتت بها المحاولات للجادة ، التي سبقنا اليها أساتذة اجلاء وعلماء أفاضل في علم القانون .

وينقسم هذا الباب لذلك الى فصول ثلاثة . نبين في الأول فكرة الدعوى وطبيعة الحق فيها ، أما الثاني فنخصصه لدراسة الشروط العامة لقبول الدعوى . مختتمين هذا الباب بدراسة التقسيمات المختلفة للدعوى .

الفصل الأول

فكرة الدعوى

Notion d'action en Justice

٢٩٩ - تمهيد :

تستعمل الدعوى بمعان متعددة (١) فتستعمل تارة بمعنى المطالبة الفضائية ، وتارة أخرى بمعنى الادعاء *pretention* كما تستعمل بمعنى الخصومة *Insience* . وازاء هذا الاختلاف فى استخدامات الدعوى ، كان علينا أن نعرض لتعريف الدعوى وحقيقة مركزها ، ثم نعرض بعد ذلك لخصائصها والعناصر التى تتكون منها . وذلك على التفصيل الآتى :

(١) انظر فى هذه الاستخدامات . فتحى والى - الوسيط ص ٥٧
بند ٢٦ . محمد حامد فهمى - المرافعات ، بند ٣٣٨ .

المبحث الأول

تعريف الدعوى وطبيعتها

المطلب الأول

تعريف الدعوى

٢٩٢ - أولا - الدعوى لغة :

الدعوى اسم من الادعاء ، وتأتى بمعان متعددة فى اللغة ، فتأتى بمعنى (الطلب والتمنى) لقوله تعالى : « ولهم فيها فكهة ولهم ما يدعون » . كما تأتى بمعنى (الدعاء) لقوله تعالى : « دعواهم فيها سبحانه اللهم وتحيتهم فيها سلام وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين » . كما تأتى بمعنى (اضافة الانسان الى نفسه شيئا » (٢) .

٢٩٣ - الدعوى اصطلاحاً :

١٠ - فى الفقه الاسلامى :

تعددت تعريفات الفقه الاسلامى للدعوى (٣) ، فمنهم من عرفها بانها طلب حق من حقوق العباد عند الحاكم . وهذا هو تعريف مجلة الاحكام العدلية للدعوى (م ١٦١٣) ومنهم من عرفها بانها « اخبار من وجوب حق للمخبر على غيره عند الحاكم ليلزمه به » ، ومنهم من عرفها بانها : « اضافة الانسان الى نفسه استحقاق شيء فى يد غيره أو فى ذمته » . وهناك من عرفها بانها قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره .

٢ - فى فقه القانون :

لم يشأ المشرع أن يقدم تعريفاً محدداً للدعوى ، تاركاً ذلك لجهود

(٢) ابن منظور ، لسان العرب - ج ١٤ ، ص ٢٥٦ ، محمود هاشم - اجراءات التقاضى والتنفيذ ، ط ١ - الرياض ، بند ٧ ، ص ١٤
(٣) انظر فى هذه التعريفات مؤلفنا المشار اليه فى الهامش السابق ، بند ٨ ، ص ١٤ - ١٥ . والمراجع العديدة فى الفقه الاسلامى التى اشرنا اليها فى الهامش من ٣ - ٨ .

الفقه وتقديرات المحاكم ، معتقدا أن المسألة لا تعدو أن تكون مسألة تعريف فحسب ، غير أن الوصول الى تعريف محدد للدعوى ليس أمرا سهلا (١) ولذلك تعددت بصدده الآراء ، الى الحد الذي زاد الدعوى غموضا . فمن قائل بأنها حق الانسان في اللجوء الى القضاء لتقرير حق له او تمكينه من الانتفاع به او تعويضه عن الحرمان من هذا الانتفاع (٥) ومن قائل بأنها المطالبة القضائية *demande en Justice* ، أى « الطلب الذى يرفع الى القضاء للحصول على حكم باقتضاء الحق أو تقريره (٦) » ، ومن الفقهاء من عرف الدعوى بأنها عبارة عن ادعاء معروض على القضاء . وأخيرا من عرفها بأنها مجرد حق *Droit* أو سلطة قانونية معينة ، وهو تعريف التشريع الفرنسى لها فى المادة ٣٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد (٧) .

Rocco Ugo. Trattato di diritto processuale civile, Utet (٤)

1957, IP 249 No 6 .

Vincent Jean, procédure civile, D, 1978 No 13,14 P. 37 et s .

(٥) وقد عرفها البعض بأنها الحق المقرر لكل انسان فى الاجتهاد الى القضاء للحصول على حق موجود أو مفقود ، وإن ميز بين الدعوى وبين المطالبة نفسها ، فالمطالبة ليست الا وسيلة لاستعمال هذا الحق ذاته (عبد الفتاح السيد - الوجيز فى المرافعات المصرية ١٩٢٤ ص ٣٠٦ بند ٣١٧ .

وانظر فى تعريف الدعوى والخلاف حول طبيعتها وما اذا كانت حقا مستقلا ام لا . مقالة ليمان - الدعوى فى نظرية الخصومة المدنية . . المنشورة فى مشاكل الخصومة المدنية ص ٢٢ وما بعدها :

Brulliard Germain, Procédure civile, paris, 1944, P.21, No 20

(٦) أحمد مسلم - اصول - ص ٣٠٩ بند ٢٨٧ ، ص ٣١١ بند ٢٨٩

Lacoste M.L. Précis élémentaire de procédure civile, 1939, P. 24 No 37

(٧) والتي تنص على

“ L'action est le droit, pour L'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle - ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour L'adversaire , L'action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention ” .

وقد أورد فنان وجنشار تعريفا مبسطا للدعوى بأنه السلطة المعترف

وكما قيل بحق (٨) ، أن كل تعريف من هذه التعريفات صحيح فى ذاته ، طالما اقتصر على حقيقة ما يقصده القائل به ، فكل فقيه قد يأتى بتعريف معين للدعوى يتفق مع ما يرمى اليه ، وما يقصده بهذه الدعوى . ولكن هذا التعريف لا ينطبق على الاستعمالات الأخرى للدعوى . وإن كان من الواجب ألا يطلق لفظ الدعوى على تلك الاصطلاحات الأخرى التى يكون لها مدلولها الفنى الخاص مثل المطالبة أو الخصومة . ذلك لأن المطالبة القضائية مجرد وسيلة لرفع الدعوى ، ولكنها ليست الدعوى ذاتها . كما أن الخصومة هى مجموعة من الاجراءات القضائية التى تتخذ من الخصوم أو القضاة أو اعاونهم والتى تبدأ بالمطالبة وتنتهى بالحكم القضائى الذى يصدر فى ختامها .

وإذا طرحنا جانباً إطلاق لفظ الدعوى على المطالبة القضائية ، وكذلك إطلاقها على الخصومة القضائية ، فإنه يجب علينا أن نلقى جانباً من الضوء على فكرة اعتبار الدعوى مجرد ادعاء ، أو فكرة اعتبارها حقاً أو سلطة قانونية .

٢٩٤ - (١) الدعوى ادعاء قانونى لدى القضاء :

يذهب البعض (٩) الى تعريف الدعوى بانها مجرد ادعاء قانونى معروض على القضاء ، والادعاء فى رأيهم تأكيد شخص لحقه أو مركزه

بها للأفراد فى اللجوء الى القضاء للحصول على ما يحمى حقوقهم ومصالحهم المشروعة .

" L'action est le pouvoir reconnu aux particuliers de s'adresser à le justice pour obtenir le respect de leurs droits et de leurs in'érêts légitimes " Vincent et Guinchard, op cit No 18, p. 39.

(٨) فتحى والى - الوسيط - ص ٥٨

(٩) وجدى راغب - النظرية العامة للعمل القضائى - رسالة ١٩٧١

ص ٤٢٧ ، ٤٥٣ . مبادئ الخصومة المدنية - ص ١٠٣ . إبراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص الجزء الاول سنة ١٩٧٤ ص ١٢٨ . محمد عبد الخالق عمر . رسالة

القانونى بناء على واقعة أساسية معينة ، وهذا التأكيد يعد إرادة ذاتية للشخص تتم نتيجة لتقرير انفرادى لإرادة القانون الخاصة (١٠) .

وقد انتقد البعض (١١) هذا التصوير ، بقوله أنه إذا « استعمل الشخص حقه فى اللجوء الى القضاء فإنه يطرح ادعاء معيناً أمام القضاء » ولكن يجب عدم الخلط بين الفكرتين ، فلكل شخص - بموجب حقه فى اللجوء الى القضاء - أن يطرح ادعاءه أمام المحكمة . ولكن قيام هذا الادعاء .. لا يعنى أن لصاحبه الحق فى الدعوى . وينتهى الى أن القانون يفرق بين الفكرتين ، فهو عندما ينظم شروط دعوى معينة فإنه لا ينظم شروط الادعاء .

وهذا النقد فى ذاته صحيح ، لأن الدعوى شيء ، والادعاء شيء آخر ، إذ أن الدعوى ، باعتبارها حقاً ، لا تنشأ ولا تقوم إلا إذا اتم الاعتداء على الحق بالفعل ، أو تم التهديد به . وتوجد هذه الدعوى والحق فيها بمجرد توافر الواقعة المنشئة لها ، وهى الاعتداء على الحق أو المركز القانونى ، ولو قبل رفع الامر الى القضاء أى قبل الادعاء ، الذى لا يوجد إلا برفعه أمام القضاء (١٢) . ولهذا نجد ، أن المشرع الفرنسى ، يفرق بين الدعوى والادعاء ، فيقرر أن الدعوى بالنسبة للمدعى هى الحق فى أن يسمعه القضاء بشأن ادعائه ، حول ما إذا كان هذا الادعاء يقوم على أساس أم لا . وهى بالنسبة للمدعى عليه حقه فى مناقشة أساس هذا الادعاء (١٣) .

" La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, Thèse, Paris, 1967 p 91 ".

Cornu G. et Foyer Procédure civile, Talmis, 1953, p. 283. Betti E. Ragione e azione, in Riv. Dir. proc. 1932, I, p. 205 e seg.

(١٠) وجدى راغب . رسالة - ص ٢٧

(١١) فتحي والى - الوسيط - ص ٦٠ - ٦١.

(١٢) فتحي والى - الإشارة السابقة .

(١٣) انظر المادة ٣٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر سنة ١٩٧٥ . وقنسان وجنشار - المرجع السابق ص ٣٥ بند ١٨ ، وكذلك Chouchez G. Procédure civile, Sirey 1978 p. 90 No 149.

٢٩٥ - (ب) الدعوى حق أو سلطة قانونية : le pouvoir légal

يذهب الرأي الغالب (١٤) فى الفقه الى تعريف الدعوى بأنها حق ، او سلطة قانونية تخول صاحبها الالتجاء الى القضاء طلبا لحمايته ، ورغم اتفاق أغلب الفقهاء على تصوير الدعوى كحق أو سلطة قانونية ، الا انهم قد اختلفوا فى تحديد مضمون هذا الحق . فمنهم من صورته على انه حق عام ، أى سلطة عامة تثبت لكل الافراد ، ومنهم من صورته على انه حق ذاتى مخول لشخص معين .

١ - الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء :

ذهب البعض الى القول بان الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء ، فهى عند البعض « الحق المقرر لكل انسان فى الالتجاء الى القضاء للحصول على حق مجحود أو مقتصب » (١٥) ، أو هى « حق الانسان فى الالتجاء الى القضاء لتقرير حق له أو تمكينه من الانتفاع به ، أو تعويضه عن الحرمان من هذا الانتفاع » (١٦) .

والدعوى بهذا المعنى ليست حقا ذاتيا *diritto subiettivo* لان الحق الذاتى لا ينشأ الا عندما تباشر الدعوى فى الحالة المجردة عن طريق المطالبة القضائية . اما قبل رفعها فهى لا تعدو أن تكون سلطة قانونية *potesta d'agire (potere giuridico)* أى فى الالتجاء الى القضاء وهى كغيرها من السلطات ليست الا تعبيراً عن ارادة الشخص ،

(١٤) فنانسان بند ١٤ ص ٣٦ . الذى يعرنها بأنها سلطة قانونية للالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون . وفنانسان وجنشار بند ١٨ ، ص ٣٩ ، وبند ١٩ ، ص ٤٢ . وانظر أحمد ابو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة ١٢ ص ٩٨ بند ٩١ . بند ٩٥ ص ١٠١ سوليس وبيرو - ج ١ ص ٩٥ بند ٩٤

Jése G. principes généraux du droit administratif Paris 1925 30 cd, T.I. p. 13 etc.

Duguitt L. Traité de droit Constitutionnel, 3e éd, 1928, I, p. 225
Joly André, Procédure civile, 1969 p. 85 No 97.

(١٥) عبد الفتاح السيد - ص ٣٠٦ لجوروكو ج ١ ص ٢٣٩ - ٢٥٩

(١٦) محمد حامد فهمى - المرجع السابق ص ٣٥٥

مضمونها ارادة شئ ما ، أى ببءء مطالبء قضائية ، وهى لا تتضمن ادعاء معين ، فهى مستقلة عنه (١٧) ، كما أنها مستقلة عن الرابطة القانونية الموضوعية التى يطلب تقريرها أو تحقيقها (١٨) .

ولكن هذا الاتجاه يعد اتجاها منتقدا ، لأنه يخلط بين الدعوى وبين حق اللتجاء الى القضاء . المعروف بحق التقاضى *droit d'agire* خلطا لا يبرره المنطق القانونى السليم . فحق اللتجاء الى القضاء يعد حقا من الحقوق العامة التى يعترف بها القانون للكافة ، فهو حرية من الحريات العامة ، وهو بهذه المثابة لا يقبل التنازل عنه ، ولا للانعضاء بعدم الاستعمال . وهو حق يكفله المشرع الدستورى لكل الافراد (م ٦٨ من الدستور المصرى سنة ١٩٧١) فى حين أن الدعوى لا تثبت للكافة ، وانما لشخص معين وفى وقت معين ، فهى لا تثبت الا للشخص الذى اعتدى على حقه أو هدد بالاعتداء عليه ، أما قبل ذلك فلا يكون له الحق فى الدعوى ، كما أن حق الدعوى لا يثبت الا لشخص معين هو من توافرت فيه صفة محددة بالنسبة للحق الموضوعى المراد حمايته من الاعتداء الواقع عليه . والدعوى لذلك تكون حقا خالصا لصاحبه ، له

Zanzuechi M. Tullio, *Diritto Processuale civile*, V.I., (١٧)

Giuffrè 1964, p. 56 57 No 52.

Alfredo Rocco, *la Sentenza civile*, Roma 1906 No 31.

Degenkolob **وهى النظرية ذاتها التى قال بها الفقيه الالمانى**

مشار اليه فى كوستا ص ١٢

مع ملاحظة أن الفقيه الفرنسى دوجى ، وإن كان يعتبر الدعوى وسيله قانونية *Voie de droit* بل هى اكمل الوسائل القانونية فى نظره التى تكفل طاعة القاعدة القانونية عن طريق الجزاء المباشر أو غير المباشر لها ، فهى الامكانية المخولة لكل شخص فى طلب حل مسألة قانونية من المناضى الذى يتخذ قراره الا انه يعود ويلغى التفرقة بين الدعوى والالتجاء الى القضاء ، وكذلك المطالبة القضائية مفررا أن الدعوى هى المطالبة القضائية ، أى العمل الذى يقوم به الشخص طبقا لما يقرره القانون بصدد المطالبة القضائية والتى تعد عمل شرط *Actio - Condition* لتحريك ولاية التقاضى

(القانون الدستورى ج ٢ ص ٤٥٧) .

(١٨) أوجوروكى - مطول ج ١ ص ٢٤٩ بند ٦

أن يمتدحه لنفسه ، وله أن يتنازل عنه للغير ، كما أنه يكون قابلاً للانقضاء لأي سبب من الأسباب ، أما بصور الحكم في موضوع الدعوى ، وأما بفوات المدة المحددة لاستعمال الحق في الدعوى (١٩) .

٢ - الدعوى حق :

ولما كان من غير الممكن تصوير الدعوى على أنها حق الالتجاء إلى القضاء ، فإن الدعوى هي حق ليس هو الحق العام الذي يثبت للكافة بلا استثناء في التقاضي ، وإنما حق ذاتي يطلق عليه « حق الدعوى Droit d'action » ، يثبت لشخص معين ، هو صاحب الصفة بالنسبة للحق الذي يدعيه والذي تم الاعتداء عليه بالفعل ، حقه في أن يحصل على حماية القضاء لحقه أو مركزه القانوني (٢٠) .

(١٩) فتوى والي - الوسيط ص ٦٠ . وجدي راغب - الخصومة ص ١١٢ - ١١٣ إبراهيم سعد - ص ١٢٦ . أحمد أبو الوفا - ص ١٠٣ - بنسب ٩٧ .

(٢٠) فتوى والي - الوسيط ص ٥٨ . وجدي راغب - رسالة ص ٤٥٥ . وما بعدها . وقارن عبد الباسط جيمس - مبادئ سنة ١٩٨٠ الذي يعرفها بأنها وسيلة قانونية لحماية الحق ، ثم يخلص إلى أنها مجرد إجراء لازم لحماية الحق (الموضوعي) وهي بهذه المثابة نتيجة من نتائج الحق وأثر من أثاره . ص ٢٩٦ ، ص ٣٠٦ . وكذلك كيوفندا

Chiovenda G., principii di diritto processuale civile, Napoli 1965 p. 43 e seg.

والذي يعرف الدعوى بأنها حق من الحقوق الإرادية

Uno dei diritti potestativi

فهو مجرد سلطة قانونية في عرض الشرط المطلوب لتحقيق إرادة القانون . وانظر دوجي الذي لا يعترف بالدعوى كحق ذاتي ، فهو يذكر الحقوق الذاتية . وإنما الإمكانية المخولة لشخص في أن يطلب من القاضي حلاً لمسألة قانونية ، الذي يصدر قراراً يتفق منطقياً مع الحل الذي أعطاه لهذه المسألة (القانون الدستوري ج ١ ص ٢٩٩ وما بعدها) . وانظر في نقد تصوير الدعوى بأنها حق (عبد النعم الشركاوي - نظرية المصلحة في الدعوى - الطبعة الأولى ص ١٢) . وانظر في عرض نظرية دوجي . عبد النعم الشركاوي - المرجع السابق ص ١٩ وما بعدها .

وهذا القول يعد نتيجة منطقية لحزمان الشخص من اقتضاء حقه بنفسه ، وحماية حقوقه بوسائله الخاصة ، فكان لابد أن يوجد المشرع وسيلة أخرى لحماية الحقوق عند الاعتداء عليها ، اما رد الاعتداء أو الوقاية منه ، فكانت الدعوى ، وكان الحق فيها ، الذى يثبت لمن يدعى لنفسه حقا تم الاعتداء عليه أو هدد بالاعتداء عليه (٢١) .

المطلب الثانى

طبيعة الحق فى الدعوى

٢٩٦ - الخلاف حول هذا الحق :

إذا كانت الغالبية قد اتفقت على اعتبار الدعوى حقا أو سلطة قانونية ، الا أنهم قد اختلفوا فى تحديد طبيعة ذلك الحق أو هذه السلطة ، فهل هى الحق الموضوعى نفسه المطلوب حمايته ، أم هى حق مستقل عن هذا الحق الموضوعى ؟ . ونعرض - فى إيجاز شديد - لهذا الخلاف الفقهى حول طبيعة الدعوى أو الحق فيها . ويمكننا أن نصنف الآراء (٢٢) العديدة التى قيل بها فى هذا الخصوص الى اتجاهين ، اتجاه التوحيد أو الادمج ، والاتجاه الثانى هو الفصل بين الدعوى والحق الموضوعى :

(٢١) وفى ذلك يقول العشماويان أن الدعوى « هى السلطة المخولة لكل شخص ، له حق يعترف القانون بوجوده ، فى ان يطلب حماية القضاء ، لاترار هذا الحق إذا جحد ، أو رد الاعتداء عنه ، أو استرداده إذا سلب . وتوجد الدعوى بهذا المعنى سواء لجأ الشخص للقضاء ، أم لم ير به حاجة لذلك » . قواعد المرافعات ج ١ - ١٩٥٧ ص ٥٥٤ بند ٤٣٣ .

(٢٢) انظر عرضا لهذه الآراء فى زانزوكى - المرجع السابق ص ٥٦ - ٦٤ بنود ٥٢ - ٥٥ ، ليمان - الدعوى فى نظرية الخصومة المدنية - الرجوع السابق ص ٢٨ وما بعدها . كوستا ص ١٠ - ١٣ بنسب ٧ - ٩ . كيوفنذا - مبادئ ص ٤٣ وما بعدها . سوليس وبيرو - ج ١ بند ٩٥ وما بعدها . ص ٩٦ وما بعدها . وجدى راغب فهمى - رسالة - ص ٥٥ وما بعدها . عبد النعم الشرقاوى - رسالة ص ١٨ وما بعدها .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن فكرة الدعوى فكرة نسبية ، تختلف باختلاف البيول والاتجاهات مثل كلامنريه

٢٩٧ - نظرية التوحيد :

تذهب النظرية التقليدية (٢٣) الى أن الدعوى لا تعد حقا مستقلا عن الحق الموضوعى الذى تحميه ، وانما تمثل معه شيئا واحدا ، فالحق فى الدعوى هو نفسه الحق الموضوعى . وبهذا يدمج انصار هذا الاتجاه الدعوى فى الحق الموضوعى ، بحيث يمثلان شيئا واحدا .

ورغم اتفاق انصار هذا الاتجاه على عدم استقلال الحق فى الدعوى عن الحق الموضوعى الا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم فى تصويرهم لهذا الاندماج أو هذا التوحيد .

Calamandrei piero, Relativita del concetto d'azione, in Riv. Dir. proc. Civ. 1939, I, p. 22.

وانظر فى عرض فكرة النسبية هذه زانزوكى ج ١ بند ٥٣ ص ٥٨ . وفى نقدها وجدى راغب - رسالة ص ٤٥٦ . كما انتشرت فى الفكر القانونى فكرة وجود المعنى المزدوج للدعوى . دعوى بالمعنى الموضوعى ، ودعوى بالمعنى الاجرائى . انظر سوليس وبيرى ج ١ ص ٩٦ بند ٩٥ . ولكن الدعوى لا بد أن تكون لها معنى واحد فى القانون الوضعى ، هو المعنى الفنى لها (انظر وجدى راغب - رسالة ص ٥٦ - ٥٧) . وانظر من فكرة الدعوى ايضا

Pekelis, Azione, in Nuovo Digesto It, ed in Novissimo Digesto it. Bet. i E. Ragione e azione, in Riv. Dir. Proc. Civ. 1932, I, p. 205.

Garsonnet et Cézair - Bru, Traité de procédure 5 éd, (٢٣) 1912, T.I, p. 521 No 351.

Japiot René, Traité, élémentaire de procédure civile et Commerciale, 3 éd paris, 1935 p. 49 No 59.

كما ايده الفقيه الايطالى Satta الذى يرى أن المشرع يتحدث عن ممارسة الدعوى وليس عن الدعوى ، والدعوى تمارس بالمطالبة القضائية والتي تعد اعلانا أو اخبارا بالحق المطلوب حمايته ، أى أن الدعوى هى الحق ذاته Satta S. Diritto processuale civile Cedam, 1959, p. 97 et seg. No 72.

عبد الحميد أبو هيف - المرافعات بند ٣٩٥ ص ٣١٤ . وانظر فى عرض هذه النظرية ونقدها فى

Vizioz H. Etudes de procédure, Bordeaux 1952 p. 27 et S.

فمنهم من ذهب الى أن الدعوى هى الحق الموضوعى ذاته ففى حالة الحركة (٢٤) ، بمعنى أن الحق الموضوعى يظل ساكنا لا يتحرك طالما لم يحدث اعتداء عليه . فاذا وقع اعتداء عليه ، فانه يتحرك للدفاع عن نفسه ضد هذا العدوان ، ويسمى الحق فى هذه الحالة دعوى . ويدل القائلون على صحة ما ذهبوا اليه بأن الموضوع فى كل من الدعوى والحق واحد ، وينتهون الى أن الدعوى تدور وجودا وعدما مع الحق الموضوعى ، فتقوم بقيامه وتزول بزواله .

- ومنهم من ذهب الى أن الدعوى مكون من مكونات الحق (٢٥) ، لأنها مجرد عنصر من عناصره ، فالحق مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون ، وتمثل الدعوى إذن عنصر الحماية فى الحق ، وتدخل مع عنصر المصلحة ليكونا معا الحق الذى يحميه القانون . والحماية باعتبارها عنصرا فى الحق توجد ولو قبل الاعتداء عليه .

- ومنهم من اعتبر الدعوى مجرد امتياز من امتيازات الحق (٢٦) ،

(٢٤) " L'action possède alors la même nature et les mêmes caractères que ce droit ". " L'action est L'état dynamique. le droit est L'état statique ".

أنظر جارسونيه ص ٥٢٠ . أنظر فنسان وجنشار ، ص ٤٠ بند ١٨ بند (٢٥) عبد المنعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - ص ٣٤ بند ٣٢ الذى يقول فيه أن النظرية القائلة بأن الدعوى هى ذات الحق متحرکا الى القضاء فانها تتجنب الصواب ، لأن الدعوى ليست هى الحق بل هى أحد عناصره ، فالحق .. تحييه الدعوى وهى منفصلة عن الحق الذى يحييه .. ثم يعود بعد ذلك سيادته ليقرر . (بعد أن قرر انفصال الحق عن الدعوى) - أن عنصرا الحق هما المصلحة والحماية القانونية ، ومسورة الحماية القانونية هى الدعوى (بند ٣٤ ص ٣٥) . وعلى هذا الرأى أغلب فقهاء القانون المدنى . أحمد أبو الوفا - المرافعات بند ٩٤ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ص ٥٦٣ .

G. et A. Capitan H. et Julliot. Traité de droit civil (٢٦)

Dalloz, 1953 T.I, p. 67 - No 109.

مشار اليه فى وجدى راغب - الخصومة المدنية ص ١٠٩ هامش (٢٠).

فالحق أيا كان يخول صاحبه امتيازات ومكنات معينة ، من هذه الامتيازات حق الدعوى دفاعا عن الحق .

- ومنهم من اعتبر الدعوى اجراء لازما لحماية الحق (٢٧) ، فهم بهذه المثابة نتيجة من نتائج الحق وأثر من الآثار التي يربتها القانون على وجوده .

وتنتهى النظرية التقليدية الى عدة نتائج أهمها :

١ - ارتباط الدعوى بالحق وجودا وعدما ، فلا تقوم الدعوى بدون الحق ، كما لا يوجد الحق بغير دعوى تحميه ، فوجود الحق يوجد الدعوى ، وبزواله تزول الدعوى (٢٨)
Pas de droit sans action, et aussi pas de action sans droit

٢ - توصف الدعوى بالوصف ذاته الذى يوصف به الحق الذى نحميه ، فتكون شخصية ان كان الحق كذلك وتكون عينية ان كان الحق عينيا ، وان كان الحق ملقا على شرط أو مضافا الى أجل ، فلا تصح المطالبة بحماية الحق قبل تحقق الشرط الواقف أو حلول الأجل .

٣ - لكل حق دعوى تحميه ، ولما كان الحق واحدا فلا تكون لسه إلا دعوى واحدة لحمايته .

٤ - وحدة الموضوع فى كل من الدعوى والحق . فموضوع الدعوى هو ذاته موضوع الحق (٢٩) .

(٢٧) عبد الباسط جيمعى - مبادئ المرافعات - سنة ١٩٨٠ ص ٣٠٦
(٢٨) جارسونيه وسيزار برى ص ٥٢٣ - ٥٢٩ ، فنسان وجنشار ، ص ٤٠ ، أبو هيف بند ٤٠١ ، عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٣٥ - ٣٩ .
(٢٩) أبو هيف - الإشارة السابقة . وانظر هذه النتائج فى محمىد عبد الوهاب المشماوى ج ١ ص ٥٥٩ - ٥٦٠ بند ٥٣٦ . انظر عبد المنعم الشرقاوى - ص ٣٥ - ٣٩ .

٢٩٨ - نقد النظرية التقليدية :

إذا كانت هذه هي النظرية التقليدية ، لا أنها مع ذلك لم تسلم من النقد الذى وجهه اليها الفقه الحديث (٣٠) ، واليك أهم ما يوجه الى هذه النظرية من انتقادات :

١ - اختلاف الدعوى عن الحق الموضوعى :

لا نوافق على ما ذهب اليه النظرية التقليدية من اعتبار الدعوى هي نفسها الحق الموضوعى ، حتى ولو كان فى حالة الحركة . اذ ان الحق يختلف عن الدعوى فى كثير من الأمور : فالحق ينشأ بناء على سبب من الاسباب القانونية المنشئة للحق بصفة عامة ، عقدا كان أو وعد عقد ، فى حين أن الحق فى الدعوى لا ينشأ بناء على سبب من هذه الاسباب وإنما ينشأ دائما عند الاعتداء على الحق أو التهديد بالاعتداء عليه . أما قبل ذلك فلا تنشأ الدعوى ولا الحق فيها بالنسبة لصاحب الحق (٣١) . ومن ناحية أخرى فإن مضمون الحق ذاته يختلف عن مضمون الحق فى الدعوى . فمضمون الحق يختلف باختلاف نوعه ،

Joly André, *procedure civile*, T.I, (Cours élémentaire) 1969 p. 85 No 97.

(٣٠) أنظر فى هذه الانتقادات : فزيوز - دراسات - ص ٢٧ وما بعدها

Giasson et Tissier, *Traité Théorique et pratique de procédure c.v.le*, 30 ed. T.I, 1925 p. 442 - 443 No 183.

وجدى راغب - الخصومة المدنية ص ١١٠ . أحمد السيد صاوى - الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ج ١ ١٩٧٩ ص ٣٤ . رمزي سيف - المرجع السابق ص ١٠٣ - ١٠٥ وقارن

Bouffils H. *Traité élémentaire d'org. Judic. de Comp. et de procédure civile et Commerciale*, paris 1885 p. 135 - 137 No 383 - 389

عبد الباسط جميعى - مبادئ ص ٣٠٠ - ٣٠٣ .
(٣١) أنظر عبد المنعم البدر اوى - رسالة - اثر مضى المدة فى الالتزام - سنة ١٩٥٠ ص ٢٤٣ بند ٢٦٣ فتحى والى - ص ٦٣ .

فالملكية تخول صاحبها الاستعمال والاستغلال والتصرف فى حين أن حق الدائنية لا يخول صاحبه الا الحصول على أداء معين من المدين . أما مضمون الدعوى فهو واحد لا يتغير ، وهو الحصول على حكم فى الموضوع ايا كان الحق الموضوعى المدعى به .

ومن ناحية ثالثة ، فاذا كانت الدعوى هى الحق ذاته فان ذلك يقتضى منطقيا أن يكون أشخاص الحق هم انفسهم أشخاص الدعوى . وهذا ما لا يتحقق أحيانا . فحق الملكية هو حق لشخص معين قبل الكافة ، فالكل مطالب باحترام الملكية ما عدا المالك ، فى حين أن دعوى الملكية لا ترفع قبل هؤلاء الكافة ، وانما ترفع فحسب فى مواجهة من يعتدى على هذا الحق ، فردا كان أو أكثر . كما قد يكون المدعى فسى دعوى من الدعاوى شخص آخر غير صاحب الحق ، مثل دعوى الدائن التى يرفعها للمطالبة بحق مدينه لدى الغير عن طريق الدعوى غير المباشرة .

واخيرا قد تختلف اسباب انقضاء الدعوى عن أسباب انقضاء الحق ، فالدعوى قد تنقضى ومع ذلك لا ينقضى معها الحق . مثل البطلان المطلق حيث يبقى الحق فى التمسك به بطريق الدفع قائما رغم سقوط الحق فى رفع دعوى به (٣٢) .

٢ - قد توجد الدعوى بغير حق ، كما قد يوجد الحق بغير دعوى :

ليس صحيحا أن الدعوى تدور مع الحق وجودا وعدما ، تقسوم بقيامه وتزول بزواله . لأن القول بذلك يتعارض مع النظام القانونى الذى يسمح بوجود الدعوى بالرغم من عدم قيام الحق ، كما أنه يسمح بوجود الحق بالرغم من عدم قيام الدعوى . فالمرشع ينظم دعاوى الحيازة ، يحمى المرشع بها الحيازة لذاتها بغض النظر عن وجسرد

(٣٢) على اساس أن الدفع لا تتقاسم - ولا تسقط بمضى المدة - على خلاف الدعاوى التى تقتضى بمضى المدة التى يحددها المرشع (عبد الباسط جيمعى - ص ٣٠١ - ٣٠٢ . سوليس ويبرو - ج ١ بند ١٠٠ ص ١٠٠ ١٠١ -

الحق أو عدم وجوده ، فالحائز يستطيع رفع دعاوى الحيازة لحماية
حيازته بالرغم من أنه قد لا يدعى حقا بملكية العقار محصل الحيازة ،
وكذلك الدعوى السلبية ببراءة الذمة بالرغم من أن المدعى لم يوجه اليه
ادعاء من الغير بحق في ذمته . وفي المقابل قد يوجد الحق بغير دعوى
تحميه ، فالملكية وهى حق موجود لا يمكن رفع دعوى بحمايته اذا لم
يتعرض صاحبها للاعتداء على ملكيته ، وكذلك الدائن قبل حلول أجل
الوفاء بالدين ، وكذلك للالتزام الطبيعى ، الذى يمثل حقا للدائن
بلا شك ، ولكنه لا يستطيع اجبار المدين - لعدم وجود الدعوى - على
الوفاء به . فهو حق بدليل أن المدين ان أوفى به عن بينة واختيار ، فانه
لا يكون متبرعا وبالتالي ليس له المطالبة برد ما أوفى به بدعوى أنه
قد دفع غير المستحق عليه .

٣ - الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى :

ليس صحيحا أخيرا أن الحق تحميه دعوى واحدة ، فقد يوجد
الحق ، ولكن يمكن حمايته بأكثر من دعوى . فحق الملكية يخول صاحبه
رفع دعوى الاستحقاق ، وكذلك دعوى للمطالبة بتعويض عن الاضرار
الناشئة عن الاعتداء على حق الملكية . وكذلك الاخلال بتنفيذ الالتزام
التعاقدى يخول المتعاقد الآخر رفع دعوى للمطالبة بفسخ العقد ، أو
بدعوى التنفيذ العيني للالتزام ، أو دعوى التعويض عن الاخلال بتنفيذ
هذا الالتزام (٣٣) .

٢٩٩ - نظرية الازدواج - النظرية الحديثة : Théorie dissidente

لما كان من غير الممكن تلافى النقد الذى وجد الى النظرية التقليدية ،
فقد انصرف أغلب الفقه الحديث عنها (٣٤) ، وقالوا بالرأى الآخر الذى

(٣٣) عبد المنعم البدرأوى - الرسالة المشار اليها ص ٢٦٥ بند ٢٤٤

(٣٤) موريل - ص ٢٦ بند ٢٥ . فنسان بند ١٣ ص ٣٤ الذى يراها

" L'action comme un droit subjectif autonome " .

فنسان وجنشار ، بند ١٨ ، ص ٤١ ، سوليس وييرو ج ١ ص ٩٦ بند ٩٥ .
بروليارد جيرمان . المرجع السابق ص ٢٣ بند ٢٠ .

يعتبر الدعوى حقا مستقلا وقائما بذاته وتمتيزا عن الحق الموضوعي .
فاندماج الدعوى في الحق ليس الا زعما لم يقيم الدليل عليه ، وما هو
الا وهم يكفى « لتبديده أن تتمثل دعوى كدعوى الصورية أو البطлан
أو دعوى الفسخ وان نتساءل عن الحق الذى تحميه هذه الدعاوى ..
وماذا يمكن أن يسمى هذا الحق .. وهى دعاوى لا تنبيل الى تجاهلها

أما بالنسبة للفقه الايطالى . فقد التى مؤسس المدرسة الايطالية
الحديثة كيوفندا محاضرة فى جامعة بولونيا سنة ١٩٠٣ بعنوان الدعوى
" L'azione nel Sistema dei diritti, Saggi di diritto
processuale civile 1930, I. p. 3 e seg.
منشورة فى
والتي اعتبرت هذه المحاضرة اعلنا بميلاد المدرسة الايطالية الاجرائية الحديثة
" Al.o di nascita la moderna scuola processuale italiana ".
Liebman, l'azione nella Teoria del processo civile, in
" probleme del processo, 1962 p. 25 - Costa Sergio. Manuale di diritto
processuale civile, Utet, 1973 p. 10 - 11 ".

وفى هذه المحاضرة اكد كيوفندا على أن الدعوى سلطة قانونية مستقلة
تخلق ضمن طائفة الحقوق الارادية
Poter: giuridico autonomo
diritti potestativi
وذلك على عكس ما كان سائدا من أن الدعوى
elemento del diritto soggettivo
عنصر من عناصر الحق

انظر فى عرض نظرية كيوفندا - ليبمان مقالة - المشار اليها ص. ٢٥
وما بعدها . كوستا . المرافعات ص ١١ ، ١٢)

وقد أيد العديد من رجال الفقه الايطالى فكرة استقلال الدعوى عن
الحق الموضوعى مثل (كوستا - بند ٨

Micheli Gan Antonio, Corso di diritto processuale civile, I. p. 15
No 4.

Redenti Enrico, diritto processuale civile, Giuffré. 1957, I. p. 45 -
60 No 9 - 13, أوجوروكو - مطول ج ١ بند ٦ ص ٢٤٩ - ٢٥١

Carnelutti F., Trattato - Diritto e processo, 1958 p. 110 - 111.

فتحى والى - الوسيط ص ٥٨ . وجدى راغب - الخصومة المدنية
ص ١١٢ وما بعدها . محمد حامد فهمى ص ٣٥٥ . رمزى سيف الوسيط -
الإشارة السابقة .

أو انكارها ، ومع ذلك لا يمكن تحديد حق معين تستند اليه أو تمتزج به أو تندمج فيه « (٣٥) .

- وإذا كان أنصار هذه النظرية قد اعتبروا من الدعوى حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي وتمييزاً عنه ، فإنهم اختلفوا فيما بينهم في تحديد أشخاص هذا الحق . وبعبارة أدق في تحديد الطرف السلبي في هذا الحق ، فهل هو الدولة ، أم الشخص الآخر الذي اعتدى على الحق أو هدد بالاعتداء عليه .

- فقد ذهب البعض إلى أن الدعوى حق يثبت للشخص في مواجهة الدولة ، لأنها ملزمة - وقد منعت الفرد من اقتضاء حقه بوسائله - بأجابه الطلب المقدم إليها . فحق الدعوى إذن المقرر للفرد يقابله واجب يقع على الدولة (٣٦) . وإن كان البعض يرى أن الملتزم بإداء هذا الواجب هو القاضى وليس الدولة ، فالقاضى هو الملتزم قبل الخصوم في أداء هذا النشاط الاجرائى (٣٧) .

(٣٥) عبد الباسط جبيعي - مبادئ المرافعات ص ٣٠٠ . انظر في عرض هذه النظرية لأكوست - موجز بند ٣٦ ص ٢٣ - ٢٤ (٣٦) وفي ذلك يقرر أوجوروكو . أن التزام الدولة في هذا الخصوص يعد التزاماً من التزامات القانون العام

L'obbligo della giurisdizione civile, dello stato è un obbligo di diritto Pubblico.

وذلك المقالة لحق الدعوى الذى يكون للأفراد

U: diritto subbiettivo pubblico individuale

يطلق عليه diritto civile . مطول ص ٣٤١ ج ١ ص ٢٤٩ بند ٦ .

(٣٧) كارنيولوتى - مطول ج ١ ص ١١١ - ١١٢ بند ٦٤ ، الذى يؤكد استتلال الدعوى عن الحق الموضوعى ، فقد يكون للشخص دعوى بالرغم من انه ليس صاحب الحق الموضوعى . والطرف السلبي في هذا الحق هو القاضى أو الموظف الذى يجب أن يؤدي نشاطاً اجرائياً . مع ملاحظة أن البعض قد رأى أن القاضى ملتزم بإداء واجبه ، لأن القانون يلزمه بذلك ، ولا يقابل هذا الالتزام أى حق شخصى (وجيز المبادئ العامة ج ٣ ص ١٥ وما بعدها . روى القانون الدستوري ج ١ ص ٣٠٠ - ٣٠١) .

- وذهب البعض الآخر (٣٨) الى أن الدعوى حق ذاتي يثبت في مواجهة من توجه اليه الدعوى ، أى المعتدى على الحق أو المركز القانوني المدعى ، أى الطرف السلبي فى الدعوى لأن المشرع لا يلزم بإدعاء شيء ازاء هذا الحق ، وانما يكون فحصب فى حالة خضوع Soggizione للاثار القانونية التى يرتبها هذا الحق ، الذى يعتبر حقا اراديا يخول صاحبه احداث تغيير معين طالما كان ذلك فى حدود القانون . ولا شك أن هذا التصوير الأخير هو الأقرب الى المنطق القانوني ، فالحق أيا كان لابد أن يقابله واجب ، لأن الحق يفترض تعارض المصالح . ولا يمكن ان يوجد تعارض بين مصلحة الفرد (المدعى) مع مصلحة الدولة . فالدولة ليست خصما ، حتى تلتزم بإدعاء معين فالحماية القضائية انما نحقق مصلحة كل من الدولة والمدعى المعتدى عليه . ولهذا فان الدعوى حق مستقل وقائم بذاته للشخص فى مواجهة من يعتدى على الحق المدعى بحمايته .

٢ - ومن ناحية ثانية فقد اختلف أنصار استقلال الحق فى الدعوى فى تحديد مضمون هذا الحق . ويمكن حصر هذا الاختلاف فى رأيين :

الرأى الاول : الدعوى هى الحق فى الحصول على الحماية القضائية :

يذهب جانب من الفقه الحديث (٣٩) الى القول بان الدعوى هى حق الحصول على حماية القضاء ، فهى حق شخص فى مواجهة شخص

(٣٨) وفى ذلك يقول كيوفندا

" L'azione é un potere che spetta di fronte all' avversario rispetto a cui produce L'effetto giuridico della attuazione della legge. L'avversario non é tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere. egli é Semplicemente Soggetto ad esso Principii, op. cit, p. 46.

فتحى والى - الوسيط - ص ٥٨ بنه ٢٧ .

(٣٩) كيوفندا - مبادئ ص ٤٣ وما بعدها . كوستا - ص ١٣ بند ١٠

وتارن ميكيلى محاضرات ج ١ ص ١١ وما بعدها .

فتحى والى - الوسيط ص ٥٨ : محمد حامد فهمى ص ٣٥٥ . كما

آخر مضمونه الحصول على تطبيق القانون فى حالة محددة ، ومنح المدعى الحماية القضائية ، كما أنها هى التى تحقق الصلة بين الدعوى والحق الموضوعى ، وهى التى تتفق مع نظرية الدعوى فى القانون الرومانى والتى مؤداها أن الدعوى Actio هى الوسيلة التى يحصل بها الشخص على اشباع مصلحته فى الشكل الذى ينظمه المشرع . وعندما يكون للشخص هذا الحق فان معنى ذلك أن له حق فى الحصول على حكم قضائى لصالحه (٤٠) .

ولكن هذا الرأى - رغم وجاهته - يعود ليربط بين الدعوى والحق الموضوعى ، بعد اعتراف باستقلالها عنه لانه يعلق وجود الحق فى الدعوى على نجاحها وصدور الحكم فى صبح رافعها (٤١) . وهذا القول من شأنه العودة الى فكرة ان الدعوى هى توأم الحق ، لا تفوم الا بقيامه ، ومن ثم فتعرض للانقادات التى سم توجيهها الى

ذهب الى ذلك اغلب الفقه المصرى . قارن أحمد ابو الوفا بند ٩٤ ص ١٠١ الذى يريد « ان الدعوى ليست هى ذات الحق الذى تحميه وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هى جزء لا يتجزأ من الحق . ولا يتصور لها وجود ان لم تستند اليه » وكذلك عبد المنعم الشرقاوى - رسالة - بند ٢٤ ، ص ٣٥ - عد الفتاح السيد - الوجيز ص ٣٠٦ - ٣٠٧ . محمد وعبد الوهاب العشماوى ج ١ ص ٥٣٦

(٤٠) فتضى والى - ص ٥٨ - ٥٩ وانظر ذلك فى ليمان - موجر ج ١ ص ٢٢ وما بعدها بند ١٢ . كوستا بند ١٠ . الذى يرى ان ما انتهى اليه كيرفندا (من اعتبار الدعوى حق للمدعى فى الحصول على حكم لصالحه) هو الأقرب الى حقيقة الاشياء

" La concezione Chiovendiana dell'azione (come diritto di colui che ha ragione ad ottenere un provvedimento favorevole), sembra oggi la piu aderent alla realta " .

(٤١) لأنهم يجعلون من وجود الحق شرطا من شروط الدعوى (انظر فتضى والى - الوسيط ص ٦٩ بند ٣٣ . محمد وعبد الوهاب العشماوى - ج ١ ص ٥٣٦ . عبد الفتاح السيد - الوجيز ص ٣٠٦ - ٣٠٧ . عبد المنعم الشرقاوى - رسالة والذى يرى أن الحق شرط لوجود الدعوى اما المصلحة فلتقبلها . ص ٢٤ . بروليارد جيرمان - المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها جايو - المرجع السابق ص ٥٢ بند ٦١

النظرية التقليدية . ومن ناحية أخرى فإن هذا القول يخلط بين الغاية التى يستهدفها المدعى من دعواه ، وبين وسيلة تحقيق هذه الغاية (٤٢) . كما أن هذا القول يؤدى الى نتيجة يصعب التسليم بها ، وهى أن الدعوى لا تكون مقبولة الا اذا كان المدعى صاحب حق ، اى محققا فى دعواه ، وهذا لا يتأتى الا بعد مباشرة الدعوى والفصل فى موضوعها بعد توافر شرائط قبولها ابتداء . وبذلك يتضمن هذا الراى مصادرة على المطلوب .

الراى الثانى الدعوى سلطة الحصول على حكم فى الموضوع :

ذهب راى ثان (٤٣) فى الفقه الحديث الى القول بأن الدعوى حق اجرائى ، او سلطة اجرائية للحصول على حكم قضائى فى الموضوع ، ويؤخذ هذا على استقلال الدعوى عن الحق الموضوعى ، محتفظا فسى

(٤٢) انظر ابراهيم سعد - ص ١٢٨ . وجدى راغب - الخصومة ص ١١١ - ١١٢ وانظر فى الرد على هذا النقد - فتحى والى - الوسيط ص ٦٠ هامش (١) .

(٤٣) بتى - الادعاء والدعوى - مقالة - مشار اليها ص ٢١٨ - ٢٢٣ ليبيان - موجز ج ١ ص ٣٧ ، ويقرر أن الدعوى حقيقية هى حق الحصول على حكم فى الموضوع
" L'azione é propriamente il diritto al giudizio sul merito " .

اى هى مجرد وسيلة معالجة الحماية وليست الحماية ذاتها
al mezzo che deve procurare la tutela, non alla Tutela stessa .

ميكيلى - ج ١ ص ١٧ بند ٥ سوليس وبيرو - ج ١ ص ٩٦ بند ٩٥ ص ٩٦ - ٩٧ . ويقرر فى موضع آخر أن وجود الحق ليس شرطا لقبول الطلب (الدعوى)

" L'existence d'un droit n'est pas une condition de recevabilité de la demande " p. 195 No 221.

وانظر نص المادة ٣٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجسديد سنة ١٩٧٥ .
وانظر كورنى وفوييه ص ٢٧٥ .

وانظر فى عرض هذا الراى وتأييده - جدى راغب - رسالة ص ٤٧٥ وما بعدها . الخصومة المدنية ص ١١٣ وما بعدها . ابراهيم سعد ص ١٢٨ محمد عبد الخالق عمر - فكرة عدم القبول فى القانون القضائى الخاص - بالفرنسية ص ٩١ بند ١٨٩ .

الوقت ذاته بالتمييز القائم بين حق الدعوى وحق التقاضى . فالدعوى حق قائم بذاته ، حق للمدعى فى أن يعرض ادعاءه على القضاء ، طالبا الحكم فى موضوع هذا الادعاء ، سواء كان فى صالحه أو فى غير صالحه ، وحيث أن الادعاء يكون بحق أو مركز قانونى ، فإن المشرع لا يعترف بحق الدعوى إلا لصاحب الصفة بالنسبة للحق أو المركز الذى يحميه المشرع ، وسواء بعد ذلك أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو المركز القانونى بالفعل أم لا . إذ أن ذلك لا يثبت إلا بعد الفصل فى الموضوع . وتكون الدعوى مقبولة إذا توافرت فيها الشرائط المقررة لقبولها ، والتي ليس من بينها وجود الحق الموضوعى ، والذى يؤدى تخلفه الى عدم قبول الدعوى .

وهكذا يربط انصرار هذا الرأى بين حق الدعوى باعتباره حقاً اجرائياً قائماً بذاته ومستقلاً عن الحق الموضوعى ، وبين مسألة قبول الدعوى ، وهى ولا شك مسألة سابقة على الفصل فى موضوع الدعوى . ومتى حكم القضاء بقبول الدعوى ، فإنه بذلك يكون قد أكد حق الدعوى بالنسبة للمدعى ، أى أكد حقه فى أن تنظر دعواه ، وبالتالي حقه فى أن يصدر حكم فى موضوعها ، على أن ذلك لا يعنى ضرورة أن يكون الحكم فى صالحه فقد يصدر الحكم فى غير مصلحته بالرغم من سبق تأكيد القضاء لحقه فى الدعوى . وهذا دليل أكيد على عدم ارتباط الدعوى بالحق الموضوعى . أما إذا لم تتوافر شروط قبول الدعوى ، فلا ينشأ للمدعى حق فى الدعوى ، أى حقه فى أن تنظر دعواه من القضاء ليحصل على حكم فى موضوعها .

ولا شك أن هذا الرأى هو الجدير بالتأييد فى رأينا ، نظراً لابرازه الجانب الاجرائى فى الدعوى ، واتفاقه مع التنظيم القانونى للدعوى الوارد فى القانون المنظم للتقاضى وهو (قانون المرافعات) . وتأكيداً على استقلال الدعوى عن الحق الموضوعى .

المبحث الثانى

تمييز حق الدعوى وخصائصه

المطلب الاول

تمييز حق الدعوى

٣٠٠ - تمييز الدعوى عما يختلط بها :

قد يقع الخلط بين الدعوى وحق التقاضى ، أو بين الدعوى وبين المطالبة القضائية ، كما يقع الخلط بينها وبين الخصومة . ويهمنى التفرقة بين هذه المصطلحات على التفصيل الآتى :

١ - الدعوى وحق التقاضى :

عرفنا أن المشرع الدستوري يعترف للأفراد دون تمييز بينهم بحق 'الالتجاء الى القضاء طلبا لحمايته ، وذلك بعد أن تكفلت الدولة الحديثة باقامة العدل بين مواطنيها ، وتسيير نظامها القانونى ، فتنص المادة ٦٨ من الدستور على أن « التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن الحق فى الالتجاء الى قاضيه الطبيعى » . يتضح أن حق التقاضى *droit d'agir* يعد حقا من الحقوق العامة يعترف به القانون للكافة ، وهو بهذه المثابة لا يجوز التنازل عنه ولا يكون محلا للانقضاء بأى سبب من الاسباب . أما حق الدعوى فهو كما رأينا ليس حقا عاما ، وانما مجرد سلطة اجرائية ، أى حق شخصى لا يقبى للكافة وانما لشخص محدد هو من قامت به الحاجة الى حماية القضاء ، أى الشخص صاحب الصفة فى الحق أو المركز المدعى باعتهاء عليه ، وهو لذلك يقبل التنازل عن هذا الحق كما أنه يكون محلا للانقضاء بسبب من الاسباب التى ينص عليها المشرع (٤٤) .

(٤٤) انظر فى هذه التفرقة - فتحى والى - ص ٦٠ . ابراهيم سعد - ص ١٣٧ - وجدى راغب - الخصومة ص ١١٣ . عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ١٧ أحمد أبو الوفا بند ٩٧ . جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٤١٥

٢ - الدعوى والمطالبة القضائية :

تتميز الدعوى ثانيا عن المطالبة القضائية ، فى أن الدعوى حق ، أما المطالبة القضائية فهى الوسيلة القانونية لرفع الدعوى الى القضاء ، أى الاجراء الذى تقدم به الدعوى الى المحكمة . وهى عبارة عن ايداع صحيفة قلم كتاب المحكمة المختصة وفقا للقانون ، وتكون الدعوى هسى موضوع هذه المطالبة ، فالمطالبة القضائية تمثل العمل الذى يتم به اعلان رغبة صاحب الحق فى الدعوى فى الحصول على حكم فى الموضوع . واساس المطالبة القضائية هو حق التقاضى (٤٥) ، الذى يعد رخصة للكافة ، فيجوز اذن - اعمالا لها - لئى شخص أن يقوم بالمطالبة القضائية ويلتزم القضاء بالحكم والاجابة على هذا الطلب .

وبذلك نجد أن المشرع يضع شروطا قانونية لصحة هذه المطالبة يجب توافرها والا كانت باطلة ، مثل ضرورة أن تقدم من شخص كامل الأهلية الاجرائية ، وأن تستوفى هذه المطالبة البيانات التى يتطلبها القانون بينما يحدد المشروع شروطا لا لصحة الدعوى ، وانما لقبولها أمام القضاء مثل شرط المصلحة . واذا ما تخلف شرط أو بيان من الشروط أو البيانات الواجب توافرها فى المطالبة ، كانت هذه المطالبة باطلة ويمكن التمسك ببطلانها عن طريق الدفع بالبطلان وهو دفع اجرائى يجب - كقاعدة - تقديمه قبل الكلام فى موضوع الدعوى أو ابداء الدفع بعدم القبول . فى حين يرتب المشرع جزاء آخر على تخلف شرط من شرائط قبول الدعوى ، يتمثل فى عدم قبولها ، أى عدم قيام حق المدعى فى أن يحصل على حكم من القضاء فى الموضوع ، ويمكن

(٤٥) فتحى والى - الوسيط ص ٦٥ . وجدى راغب - ص ١٠٧ - ١٠٨ الخصمة . ابراهيم نجيب - ص ١٣٥ وما بعدها . وجدى راغب - الاشارة السابقة - تارن ابراهيم نجيب الذى يرى أن المطالبة هى العمل « الذى يباشر به الشخص حسب الأحوال حقه فى الدعوى أو حقه فى الالتجاء الى القضاء . ويكون لباشرة حق الدعوى اذا كان يستند على حق ، ويكون مباشرة لحق الالتجاء الى القضاء اذا ظهر ان مقدمه لم يستند على حق فى ادعائه » ص ١٣٥ - ١٣٧ - ١٣٨ .

الدفع بعدم قبول الدعوى فى أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، فهو لا يسقط مثل الدفع بالبطلان بالكلام فى الموضوع .

ومن ناحية أخرى فان حق الدعوى يوجد بلا شك قبل وجسود الطلب (٤٦) ، فالطلب كعمل قانونى ، باعتباره اعلانا عن ارادة (٤٧) مقدمه لا يقوم الا بتقديمه واتخاذ الشكل السذى يتطلب المشرع وروده فيه ، كما أن الطلب قد ينقض لآى سبب من الأسباب كما لو لم يرد فى الشكل المطلوب أو تركه مقدمه ومع ذلك يبقى الحق فى الدعوى قائما .

ولكل ما تقدم فاننا لا نذهب مع من ذهب الى القول بأن الدعوى هى الطلب القضائى ، لأن القول بذلك يؤدى الى نتيجة منطقية يصعب التسليم بها ، وهى أن كل طلب قضائى صحيح يتضمن دعوى مقبولة ، مع ان هذا قد لا يصدق ، اذ أن هناك حالات كثيرة يكون فيها الطلب صحيحا مستوفيا لعناصره ومقتضياته المطلوبة ومع ذلك يتضمن دعوى غير مقبولة لعدم توافر شروط الحق فيها ، ويصدر القاضى حكما بعدم قبولها لذلك .

ونخلص اذن أن المطالبة القضائية هى الوسيلة التى يتم بها رفع الدعوى الى القضاء ، كما أنها الوسيلة التى يباشر بها الشخص حقه فى الالتجاء الى القضاء سواء كان صاحب الحق فى الدعوى أو لم يكن كذلك . فهى اذن تعد استعمالا لحق الالتجاء الى القضاء (٤٨) وليست كما قيل استعمالا للحق فى الدعوى فحسب (٤٩) .

(٤٦) فتى والى - الوسيط - ص ٦٥ . زانزوكى ج ١ ص ٦٤ ،
بند ٥٦ .

(٤٧) زانزوكى - ج ١ ص ٦٤ بند ٥٦ .

(٤٨) سوليس وبيرو ج ١ بند ١٠٩ ص ١٠٩ فتى والى - الوسيط
ص ٦٦ وجدى رافب - مبادئ الخصومة المدنية ص ١٠٧ .

(٤٩) Carnelutti S. " Sistema del diritto processuale civile,

Padova V. II, 1938, p. 77.

٣ - الدعوى والخصومة :

رأبنا فيما سبق أن الدعوى تستعمل أحيانا بمعنى الخصومة Instance ولكن هذا الاستعمال من شأنه الخلط بين الأشياء بلا مبرر ، وبلا منطق ، إذ أن الدعوى هي كما رأينا حق أو سلطة في الحصول على حكم في الموضوع المدعى به ، بينما الخصومة ، ليست حقا ، وإنما تعد شكلا عاما للعمل القضائي ، فهي مجموعة الاجراءات القضائية التي يقوم بها الخصوم ، والقاضى وأعوانه للوصول الى الاجراء الختامى لها المستهدف من الحق في الدعوى وهو الحكم في الموضوع . وتبسط الخصومة بأول اجراء فيها وهو المطالبة القضائية demande on justice وتنتهى بصدور حكم في موضوعها jugement ، أو قبل الوصول لهذا الحكم لاي سبب من الاسباب التي ينص عليها المشرع . ويترتب على هذا التمييز أن الخصومة قد تزول وتنقضى لاي سبب من الاسباب ، وتظل الدعوى مع ذلك قائمة لا تتأثر بزوال أو بانقضاء الخصومة ، وبالتالي يكون لصاحب الحق في الدعوى رفع دعواه من جديد وباجراءات جديدة للمطالبة بما يدعيه .

المطلب الثانى

خصائص الحق فى الدعوى

Caractères de l'action en justice

٢٠١ - تعداد هذه الخصائص :

بعد أن ميزنا بين حق الدعوى وغيره من المصطلحات الأخرى ، وبعد أن انتهينا الى أنه حق شخصى يثبت لشخص معين يخوله الحصول على حكم فى موضوع ما يدعيه ، فإنه لا شك باعتباره كذلك يتمتع بخصائص الحق الشخصى فى عمومها (٥٠) وبما ان الحقوق الشخصية

“ Dal concepire l'azione come diritto si deriva che le (٥٠) sfano applicabile, molti altre regole relative ai diritti Soggettivi in generale ”. Redenti E, Dir. Proc Civ. I 1957, p. 74 N. 17.

يمكن التصرف فيها والتنازل عنها واستعمالها ، كما أنها تكون قابلة للانقضاء . فان الدعوى اذن تتمتع بهذه الخصائص أيضا (٥١) . ونبين فيما يلي هذه الخصائص :

١ - الدعوى حق وليست واجبا : Caractère facultatif

إذا كانت الدعوى حق لفرد معين ، تتيج له الحصول على حكم من القضاء فى موضوع ما يدعيه ، فانها بذلك تكون رخصة له وليست واجبا عليه . وبالتالي تكون له الحرية فى مباشرتها ، واستخدام هذا الحق ، وله ان يتركه ولا يجبر على مباشرتها (٥٢) .

فقد يتراءى لصاحب الدعوى أن يتركها ولا يباشرها نتيجة لاعتبارات أخرى ، يقدرها هو بنفسه ، اما تجنباً لاضاعة الوقت فى المحاكم ، أو تحمله لمصروفات التقاضى وغيرها والتي قد لا يقدر عليها . واما لاتفاقه مع المدعى عليه على وسيلة أخرى يحصل بها منه على حقه .

ولا نوافق الفقيه الالماني اهرنج IHERING ، لذلك على ما ذهب اليه فى كتابه la lutte pour le droit (٥٣) ، من أن الدعوى يجب استعمالها كلما وقع اعتداء على حقه . اذ أن الاعتداء على الحق انما ينشئ الحق فى الدعوى للدفاع عنه ، وليس هذا الحق مجرد رخصة وانما واجب devoir يقع عليه حماية لنفسه ، لأن فى ذلك حماية

" L'azione come diritto autonomo ha le caratteristiche proprie dei diritti ". Costa, op. cit., p. 15 no 12.

Chiovenda G., Istituzioni di diritto processuale civile, V.I, Jovene 1960 No 8 p. 24 e seg.

(٥١) أنظر فى ذلك . ردتى - ص ٧٤ وما بعدها . كوستا - الإشارة السابقة كيوفندا نظم ج ١ ص ٢٤ وما بعدها . سوليس وبيرو - ج ١ ص ١١٠ وما بعدها بند ١١١ وما بعده . فتقى والى - الوسيط ص ٦٦ وما بعدها . ابراهيم سعد ص ١٤١ وما بعدها .

(٥٢) " le titulaire d'une action n'a pas l'obligation de l'exercer effectivement " .

سوليس وبيرو - ج ١ ص ١١٠ بند ١١٢ .
(٥٣) مشار اليه فى سوليس وبيرو - ج ١ بند ١١٣ ص ١١١

للمجتمع ونظامه القانونى . اذ أن حماية المجتمع وتأكيد احترام القانون لا يكون فى نظر أهرنج - الا بحرص الأفراد على حماية حقوقهم .

وان كانت فكرة هذا الفقيه تعد فكرة مثالية من حيث المبدأ ، الا أنه يصعب تحقيقها فى الواقع الفعلى ، فالأخذ بها يقتضى نظاما قضائيا محكم الوضع ، يصل عن طريقه صاحب الحق الى حقه بغير كلفة أو مشقة كما أنها تفترض أن الحكم القضائى سيكون صحيحا من حيث الشكل ، عادلا من حيث الموضوع . وهذا ولا شك حد من الكمال لم يصل اليه بعد نظام من النظم القضائية . اذ أن كثيرا ما تخلف المنازعات القضائية وراءها الأحقاد والضغائن بين الناس . فضلا عن أن الفرد عندما يباشر حق الدعوى ، فهو لا يباشره دفاعا عن المجتمع ، وإنما دفاعا عن حقه ومصلحته الخاصة ، وهو أقدر من غيره على تقدير هذه المصلحة ، فقد يرى أن مصلحته تقتضى ترك الدعوى ، وصولا الى صلح مع الطرف الآخر تجنباً لاجراءات التقاضى المطولة وعدم تحمله لمصاريفها (٥٤) .

٢ - الدعوى حق قابل للتنازل عنه : *diritto disponibile*

والدعوى باعتبارها حقا ذاتيا ، فإنها بهذه المثابة تكون قابلة للتنازل عنها ، وعادة ما يقترن التنازل عن الدعوى بالتنازل عن الحق الموضوعى . ولكن هذا لا يعنى أن الدعوى لا يمتنع التنازل عنها الا بالتنازل عن الحق الموضوعى ، فهذا لا يستقيم مع اعتبار الدعوى حقا قائما بذاته ، ومستقلا عن الحق الموضوعى . ولذلك من الممكن أن يتم التنازل عن الدعوى دون التنازل عن الحق الموضوعى ، ويكون ذلك فى الحالات التى يكون للفرد صاحب الحق الخيار بين أكثر من دعوى ، فيقوم بمباشرة واحدة منها دون الأخرى ، ويكون باختياره دعوى معينة متنازلا عن الدعوى الأخرى دون التنازل عن الحق الموضوعى . فلو كان لشخص أن يرفع دعوى بفسخ العقد لعدم تنفيذه ، ثم رفعها ، فليس له بعد ذلك أن يرفع دعوى مطالبة بتنفيذه ، التى كان قد تنازل عنها باختياره دعوى الفسخ (٥٥) .

(٥٤) انظر فى نقد فكرة أهرنج . فتحى والى - الوسيط ص ٦٧ بند ٢١

ابراهيم سعد ص ١٤٢ - ١٤٤

(٥٥) انظر كوستا - موجز - بند ١٢ ص ١٥ - رننى ص ٧٤ - ٧٥

بند ١٧ .

diritto trasferibile

٣ - الدعوى قابلة للحالة :

تكون الدعوى - باعتبارها حقاً - قابلة للحالة بين الأشخاص ،
أى ينتقل الحق فيها الى غير صاحبها الأول ، ويكون ذلك تبعاً لحالة
الحق الذى تحميه هذه الدعوى ، فإذا قام صاحب الحق الموضوعى -
على فرض وجوده - بحوالته الى الغير ، فإن الدعوى تنتقل فى هذه
الحالة الى المحال اليه ، لأن الأخير قد أصبح صاحب الصفة فى الحق
الموضوعى المحال . كما أن الدعوى تنتقل الى الخلف العلم وكذلك الى
الخلف الخاص بانتقال الحق (٥٦) .

Diritto prescittibile

٤ - قابلية الدعوى للانقضاء :

وإذا ما كانت الدعوى لها ذات خصائص الحقوق ، فإنها تكون محلاً
للانقضاء بالتقادم ، فالدعوى كإحدى حق شخص يلزم مباشرتها خلال فترة
محددة . فإذا رفعها صاحب الحق بعد انقضاء هذه الفترة ، فيكون للمدعى
أن يدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم . وتجدر الملاحظة فى هذا الصدد ، بأن
المشرع عندما ينظم تقادم الحقوق ، وانقضائها بالتقادم ، فإن الذى
يتقادم فى الواقع هو حق الدعوى بالنسبة لهذه الحقوق وليست الحقوق
ذاتها ، ودليل ذلك أن مدة التقادم لا تبدأ كقاعدة من وقت نشوء الحق
الموضوعى وإنما تبدأ من تاريخ نشأة الحق فى الدعوى أى من تاريخ
الاعتداء على الحق أو الاخلال بالالتزام (٥٧) .

(٥٦) انظر فى تفاصيل ذلك ردتى ج ١ بند ١٩ ص ٧٩ - ٨٣ .

كوستا - موجز بند ١٢ ص ١٥ .

(٥٧) انظر دراسة تفصيلية فى ذلك رسالة الدكتور عبد المنعم البدرأوى

فى أثر مضى المدة - المشار إليها بند ٢٦٨ ص ٢٤٦ . فتحى والى - الوسيط

ص ٦٨ . قارن محمود جمال الدين زكى . نظرية الالتزام - ج ٢ - ١٩٦٧

ص ٢٤١ - ٢٤٢ بند ٢٤٦ . اسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام -

الجزء الثانى ١٩٦٧ ص ٤٣٢ وما بعدها بند ٢٧٣ .

وانظر كوستا ص ١٦ بند ١٢ . ردتى بند ٢٠ ص ٨٣ وما بعدها .

كيوفندا - نظم ج ١ ص ٢٥ - ٢٦ .

المبحث الثالث

عناصر الدعوى القضائية

Elementi dell'azione

٣٠٢ - تمهيد :

انتهينا الى أن الدعوى القضائية تعتبر حقا مستقلا قائما بذاته ،
فهى والأمر كذلك تتكون من عناصر معينة ، مثلها فى ذلك مثل سائر
الحقوق ، اذ لابد قائمة بين أشخاص معينين ، ومحل ترد عليه ،
وسبب تستند اليه . ولهذا كان واجبا علينا أن نحدد هذه العناصر بالنسبة
للدعوى ، لأن هذا التحديد يعتبر لازما لتطبيق الكثير من قواعد
القانون . وإن نبين قبل ذلك أهمية تحديد عناصر الدعوى ، وذلك على
التفصيل الآتى :

المطلب الأول

أهمية تحديد عناصر الدعوى

٣٠٣ - رأينا أن تحديد عناصر الدعوى يعتبر لازما لتطبيق العديد
من قواعد القانون ، اذ لو اتحدت دعويان فى عناصرهما كنا أمام دعوى
واحدة ، لا دعويين ، أما اذا اختلفت دعويان فى عناصرهما - كلها أو
بعضها ، كنا أمام دعويين لا دعوى واحدة . وكثير من قواعد القانون
يتوقف تطبيقها على تحديد ما اذا كنا بصدد دعوى واحدة أم أكثر من
دعوى (٥٨) وتظهر أهمية هذا التحديد فيما يلى :

(٥٨) انظر فتحى والى - الوسيط - ص ٨٢ بند ٣٩ . وجدى راغب -
انخصومة - ص ١٠٤ وفى هذا يقول كيوفندا :
" la identificazione delle azioni comprende il complesso dei criteri
per cui un'azione confrontata con un'altra ci r'conosce iden ica o diversa"
Principii op. cit. p. 278 no 12. V. cit. no (2).

ويرى أن هذا التحديد لا يكون الا عندما تمارس الدعوى . وبما أن
الدعوى تمارس عن طريق الطلب القضائى ، فإن تحديد عناصر الدعوى هو
تحديد لعناصر الطلب القضائى ذاته (ص ٢٧٩) .

١ - تقييد القاضى بعناصر الدعوى :

من المبادئ الأصولية المستقر عليها فى علم القانون ، أن القاضى يتقيد فى حكمه بالدعوى المرفوعة أمامه ، فليس له أن ينظر فى دعوى لم ترفع اليه ، ولا أن يقضى بشئ لم يطلب منه القضاء فيه ، ولا بازيد مما طلبه الخصوم ، وان فعل ذلك كان حكمه معيبا ، وقابلا للطعن فيه بالتماس اعادة النظر (م ٥/٢٤١ مرافعات) . وسبيل معرفة ما اذا كان القاضى قد تجاوز سلطاته أم لا هو تحديد عناصر الدعوى المرفوعة اليه ، فهذا التحديد هو الذى يحدد معالم الدعوى أمامه .

٢ - لا يجوز أن تقوم خصومتان متعاصرتان فى دعوى واحدة (٥٩):

متى رفعت الدعوى الى القضاء ، تنشأ خصومة قضائية بين اطراف الدعوى ، وصولا الى حكم فى موضوعها ، ويمنع المشرع - قيام خصومتان متعاصرتان عن دعوى واحدة ، وذلك منعا لاحتمال صدور أحكام متعارضة ، بشأن موضوع واحد ، وحرصا على وقت القضاء ، وعدم تكبيد الخصوم مشقة الحضور أمام محكمتين مختلفتين وعدم تحملهما مصروفات مزدوجة بشأن دعوى واحدة رفعت مرتين ، وعلى ذلك فاذا رفعت دعوى أمام محكمة من المحاكم ، فلا يجوز رفع الدعوى نفسها أمام القضاء مرة أخرى ، سواء أمام المحكمة الأولى أو أمام محكمة أخرى . واذا حدث ذلك ، فان المشرع قد حدد وسيلة علاج هذا الوضع ، اما عن طريق ضم الدعوى الجديدة الى الدعوى السابقة (اذا كانت الدعويان أمام محكمة واحدة) ، أو احوالة الدعوى الثانية بناء على دفع - الى المحكمة المرفوع اليها الدعوى السابقة اذا كانت اندعويان مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين (م ١١٢ مرافعات) . وان تحديد عناصر الدعوى هو وسيلتنا فى التأكد من وحدة الدعوى فى الخصومتين أو اختلافهما .

" non possono prendere contemporaneamente due (٥٩) processi sulla stessa domanda " . (Chiovenda. principii op. cit. p. 279.

٣ - لا يجوز أن يصدر حكمان قضائيان فى دعوى واحدة (٦٠) :

يرتبط بما تقدم ، أنه لا يجوز أن يصدر حكمان قضائيان فى دعوى واحدة ، فإذا صدر حكم قضائى فى دعوى ، فإن ذلك يعتبر مانعا قانونيا من اصدار حكم آخر فى الدعوى نفسها فى درجة التقاضى ذاتها التى صدر فيها الحكم الأول ، وذلك احتراما لحجية الأمر المقضى التى حازها الحكم الأول ، ويتم ذلك عن طريق الدفع بعدم قبول الدعوى الثانية لسبق الفصل فيها ، وسواء بعد ذلك رفعت الدعوى الثانية أمام المحكمة نفسها التى أصدرت الحكم الأول ، أو أمام أية محكمة أخرى . وعلى المحكمة الثانية أن تقضى بعدم قبول الدعوى الثانية لسبق الفصل فيها من تلقاء نفسها . ويلاحظ أن حجية الحكم *cosa giudicata* ، إنما هى حجية نسبية ، لا تكون إلا بالنسبة للدعوى التى صدر فيها الحكم ، خصوصا وموضوعا وسببا ، فإن اختلفت الدعوى الثانية فى عنصر من عناصرها مع الدعوى الأولى ، فإن الحكم الصادر فى الأولى لا يمنع المحكمة من الحكم فى الدعوى الثانية .

٤ - تتحدد خصومة الاستئناف بعناصر الدعوى :

ينظم المشرع طرقا محددة لمراجعة الأحكام القضائية ، ومن هذه الطرق الطعن بالاستئناف *appello* . الذى يرفع عن الأحكام الصادرة فى الاختصاص الابتدائى لمحاكم الدرجة الأولى . وتتحدد خصومة الاستئناف بعناصر الدعوى التى صدر فيها حكم أول درجة المطعون فيه . إذ بالاستئناف تنتقل الدعوى - بمقتضى الأثر الناقل للاستئناف *effetto devolutivo* - من محكمة الدرجة الأولى الى محكمة الاستئناف ، التى يكون لها سلطات محكمة الدرجة الأولى . ولكن لا يجوز التغيير فى عناصر الدعوى فى خصومة الاستئناف عما كانت عليه أمام محكمة الدرجة الأولى . فلا تفصل محكمة الاستئناف إلا فى الطلبات التى عرضت على محكمة الدرجة الأولى ، وفصلت فيها صراحة أو ضمنا ، ورفع عنها الاستئناف . أو لا يجوز ابداء طلبات جديدة فى

" non possono avere luogo due decisioni diverse sulla (٦٠) stessa domanda ". (Chiovenda : op. cit).

الاستئناف ، كما لا يجوز أن يرفع الاستئناف على خصم أو من خصم لم يكن خصما فى الدرجة الأولى .

٥ - انتفاء الولاية أو التنازع بشأنها :

نظرا لتعدد جهات القضاء فى مصر ، فانه من المحتمل أن يحدث تنازعا بشأن ولاية القضاء . الا أن التنازع بشأن الولاية لا يقوم الا اذا كان التنازع بشأن دعوى واحدة ، فاذا كانت الدعوى المرفوعة الى القضاء الادارى مثلا تختلف فى أحد عناصرها مع دعوى أخرى رفعت الى القضاء العادى ، فلا يقوم التنازع بشأنهما على الولاية بين القضاء العادى والقضاء الادارى ، ومن ثم لا يقبل طلب حل هذا التنازع أمام المحكمة الدستورية العليا .

ولا شك أن تحديد عناصر الدعوى هو الذى يحدد لنا معالمها ومعرفة مدى تماثلها أو اختلافها مع دعوى أخرى

المطلب الثانى

تحديد عناصر الدعوى

٣٠٤ تعدد عناصر الدعوى :

الدعوى كآى حق تتكون من عناصر ثلاثة ، فلا بد أنها قائمة بين أطراف يمثلون أشخاصا ، ومحل ترد عليه يمثل موضوعا ، وسبب تستند اليه يمثل سببها . وفيما يلى نتحدث بإيجاز عن كل عنصر من هذه العناصر :

٣٠٥ - (١) أشخاص الدعوى : Personae

يقصد بأشخاص الدعوى ، أطرافها ، أى الشخص الذى ترفع منه الدعوى ومن توجه اليه ، بما لهما من صفة بالنسبة للحق أو المركز القانونى المدعى ، وهم بصفة عامة المدعى والمدعى عليه ، والمدعى هو

صاحب الصفة الايجابية ، والمدعى عليه تكون له الصفة السلبية (٦١) . وبهذا يتضح أن القاضى ليس طرفا فى الدعوى (٦٢) ، كما ذهب الى ذلك البعض بالفعل (٦٣) . والعبرة فى تحديد أشخاص الدعوى هى بصفتهم qualità فيها ، لا بمباشرتهم لها ، فقد يباشر الدعوى شخص لا صفة له بالنسبة للحق أو المركز المدعى به ، مثل المحامى أو النائب ، ومع ذلك فلا يعتبر طرفا فى الدعوى . والطرف الاصلى فيها هو الموكل والذى لم يباشر الدعوى بنفسه . وحتى ولو لم يحضر فيها ولم يباشر أى اجراء بصدها ، ومع ذلك فهو الطرف الذى يكون الحكم الصادر فى الدعوى حجة له أو عليه . هو الذى يضار بالحكم أو ينتفع به .

وتختلف الدعويان اذا رفعتا من شخص واحد ضد شخصين مختلفين ، فاختلف الأشخاص الدعاوى يؤدي الى اختلاف الدعاوى ذاتها ولو اتحدت فى العناصر الأخرى . ويكون الامر كذلك لو تطلعت الدعاوى بشخص طبيعى واحد persona fisica ولكن اختلفت صفته (٦٤) وعلى ذلك فاختلف الصفة يبرر اختلاف الدعاوى ولو تعلقت بشخص واحد وموضوع واحد . فاذا طالب شخص لنفسه بملكية مال معين فى مواجهة شخص محدد ، ثم عاد فى دعوى أخرى وطلب تقرير ملكية المال ذاته لمن هو وصى أو قيم عليه . فان الدعوى الأخيرة

(٦١) وقد حاول فقهاء الاسلام تعريف كل من المدعى والمدعى عليه ، فمنهم من قال أن « المدعى هو من يثبت شيئا ، والمدعى عليه هو من ينفى شيئا » ، ومنهم من قال : أن المدعى هو من يخالف قوله الظاهر وهو براءة الذمة ، والمدعى عليه من يوافقه . ومنهم من قال أن المدعى هو من يقول بالاختيار ، والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار (انظر محمود هاشم - اجراءات التقاضى والتنفيذ - الرياض ، ط اولى ، ١٩٨٩ ، ص ٢٢/٢١ وهامش ٢٥) .

(٦٢) وقد عرف ميكيلي أشخاص الدعوى بانهم :
" tanto a chi ha il potere di provocare l'inizio del processo, in modo che questo conduca ad un provvedimento di merito, quanto a chi deve subire il processo stesso ". Corso, op. cit V.I. p. 32.

(٦٣) مثل أوجوروكو - مطول ج ١ ص ٢٤٩ . كارنيولتى مطول ج ١

ص ١١١ - ١١٢ .

(٦٤) كيوفندا - مبادئ ص ٢٨٠ - ميكيلي ج ١ ص ٣٢ .

تكون مختلفة مع الدعوى الاولى بالرغم من اتحادهما فى الموضوع . وفى الطرف السلبى فى كل منهما وفى الشخص الذى رفعهما . وعلى ذلك فالبعبرة بوحدة الخصوم أو تعددهم هى بوحدة الصفة أو تعددها .

ولكن يجب التحوط فى الأمر ، لأن مجرد الاختلاف فى الأشخاص قد لا يؤدى الى الاختلاف فى الدعاوى . اذ فى حالات كثيرة تظل الدعوى واحدة بالرغم من اختلاف أشخاصها فمثلا اذا توفى شخص معين وحل ورثته فى الدعوى محله ، فان الدعوى تظل مع ذلك دعوى واحدة ، هى نفسها التى رفعها المورث أو المرفوعة عليه (٦٥) .

فاختلاف الأشخاص يؤدى الى اختلاف الدعاوى ، حتى ولو تعلقت بالموضوع ذاته *medesima cosa* أو كانت ترمى الى ذات الأثر القانونى *medesimo effetto giuridico* ، ومثال الاولى تعدد الدائنين أو الدينون فى الالتزام بالتضامن *obbligazione solidale* ومثال الثانية فى حالة الحقوق الارادية الثابتة لأشخاص متعددين مثل طلب فسخ التصرف القانونى ، والحق الذى قد يخوله القانون لكل شريك فى طلب ابطال قرارات الجمعية العمومية للشركة (٦٦) .

وأشخاص الدعوى لا يشترط فيهم أن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين ، اذ يمكن أن يكون مدعيا أو مدعيا عليه شخص قانونى *persona giuridica* ، كشركة أو جمعية ، ولكن الذى يباشر الدعوى نيابة عنها هو الممثل القانونى لها كرئيس مجلس ادارتها أو رئيسها .

(٦٥) كيوفندا - مبادئ ص ٢٨٠ . فتحى والى - الوسيط ص ٨٤ - ٨٥ .

(٦٦) مع ملاحظة أن القانون وإن كان يعترف لكل شريك فى الشركة بالحق فى طلب ابطال القرار الصادر عن الجمعية العمومية ، الأمر الذى يؤدى الى تعدد الدعاوى بتعدد الشركاء ، وهذه الدعاوى انما تهدف جميعا الى اثر قانونى واحد هو ابطال القرار . فالمقرر انه اذا استعمل أحد الشركاء حقه فى هذا الخصوص ورفع دعوى قضائية صدر حكم فى موضوعها ، يبطالان القرار ، فان حجية هذا الحكم تعد سببا لانقضاء دعاوى الشركاء الآخرين (انظر بالتفصيل كيوفندا - ص ٢٨١) .

كما لا يشترط كمال الاهلية المدنية فى أشخاص الدعوى ، ان كانوا من الأشخاص الطبيعيين ، فقد يكون القاصر أو المحجور عليه مدعيا أو مدعا عليه ، ولكنه لا يستطيع مباشرة اجراءات الخصومة بنفسه ، وإنما يباشرها عنه من يمثله تمثيلا قانونيا كالوصى أو الوصى أو القيم .

(٣٠٦) - (٢) محل الدعوى (٦٧) oggetto - petitum

يقصد بمحل الدعوى ما تهدف الى تحقيقه ، أى ما يطلبه المدعى فى دعواه . ولا شك أن دعاوى تختلف باختلاف المطلوب فيها ، أى باختلاف محلها . ومحل أى دعوى يتكون من عناصر ثلاثة هى :

١ - الحكم المطلوب من القضاء اصداره :

وهل هو مجرد تأكيد حق أو نفيه (تقرير) ، أو احداث تغيير معين فى الحق أو المركز القانونى (انشاء) ، أو الالتزام باداء معين قابل للتنفيذ الجبرى (الزام) ؟ . وبذلك قد يكون المطلوب من القاضى اصداره حكما تقريريا ، أو حكما منشئا ، أو حكما بالالتزام ، فإذا كان المطلوب فى دعوى مجرد تقرير صحة عقد من العقود ، فإنها تختلف عن تلك الدعوى التى يكون المطلوب فيها تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، ولو اتحدت الدعويان فى الخصوم والسبب .

٢ - الحق الذى يرد عليه الحكم :

وهل هو تأكيد وجود أو نفى حق ملكية على عقار معين ؟ ، أو تأكيد وجود أو نفى حق ارتفاق على هذا العقار ؟ اذ تختلف الدعوى الأولى عن الثانية ، نظرا لاختلاف الحق المطلوب تأكيده أو نفيه . وكذلك تختلف الدعوى التى يرفعها المستأجر بالزام المؤجر بتركيب مصعيد فى

(٦٧) انظر دراسة فى ذلك . ميكيلى - بند ٩ ص ٣٢ - ٣٣ ج ١ .
كيوفندا مبادئ ص ٢٨١ - ٢٨٣ . فتقى والى - ص ٨٥ - ٨٦ . وجدى
راغب - الخصومة ص ١٠٥ - ١٠٦ كورنى وقوييه ص ٤٠٣ وما بعدها .
موريل ص ٢٨٥ وما بعدها .

العبارة ، عن الدعوى التى يرفعها المستاجر على المؤجر ذاته بطلب تخفيض الاجرة بسبب عدم انتفاعه بالمصعد نظرا لعدم تركيبه (٦٨) .

٣ - الشيء محل الحق أو المركز القانونى :

إذا اختلفت دعويان فى الشيء محل الحق المطالب به فيهما ، فإن ذلك يؤدى الى اختلافهما ولو اتحدتا فى الخصوم وفى المطلوب من القاضى اصداره . فتختلف الدعوى المرفوعة من شخص على آخر بطلب تقرير ملكية عقار معين ، عن تلك الدعوى المرفوعة بين الخصوم أنفسهم لتقرير ملكية عقار آخر ، أو منقول آخر .

هذه هى العناصر الثلاثة المكونة لمحل الدعوى ، واختلاف أى عنصر منها فى دعوى عن دعوى أخرى يؤدى الى اختلاف محلها وبالتالي اختلافها كلية . فإذا رفعت دعوى بصحة ونفاذ بيع جزء من منزل مملوك على الشيوخ ، فإنها تختلف فى موضوعها عن دعوى الشفعة ولو تعلقت بهذا الجزء (٦٩) . وكذلك تختلف دعوى تقرير حق الزوج فى ايقاع طلاق معين بارادته المنفردة عن دعوى تقرير حق الزوج نفسه فى ايقاع طلاق تال بالارادة المنفردة أيضا (٧٠) .

ولكن ليس كل تغيير فى محل الدعوى عنه فى دعوى أخرى ، يؤدى الى اختلافهما فلا ينفى وحدة الدعوى ما يلى :

(١) ان يكون المطلوب فى دعوى معينة هو مجرد نفى المطلوب فى دعوى أخرى ، فالدعوى المرفوعة بصحة عقد من العقود لا تختلف فى موضوعها عن الدعوى المرفوعة بطلب بطلانه (٧١) .

(٦٨) نقض أول فبراير سنة ١٩٦٦ س ١٧ ص ٢٢١ .

(٦٩) نقض ١٩٦٣/١١/٢٨ س ١٤ ص ١١١٩ .

(٧٠) نقض ١٩٦٥/٥/٢٦ س ١٦ ص ٦٢٨ .

(٧١) نقض ١٩٧٣/٥/١٧ س ٢٤ ص ٧٧٢ .

وكذلك لا تختلف الدعوى المرفوعة بالزام المدين بدفع دين معين ،
عن الدعوى المرفوعة من الأخير ببراءة ذمته من هذا الدين (٧٢) .

(ب) أن يكون الاختلاف فى محل الدعوى اختلافا كيميا عن محل
دعوى أخرى ، اذا كان الدين ذاته غير محدد المقدار ، اذ يكون المطلوب
فى الدعويين واحدا وهو تحديد المقدار . فاذا طالب المدعى فى دعواه
الحكم له بمبلغ معين كتعويض عن فعل ضار (مثلا) فان ذلك لا يمنع
من العودة لطلب الحكم له بمبلغ أكبر تعويضا عن الفعل ذاته ، فلا يعد
ذلك من جانبه طلبا جديدا أو دعوى جديدة لمجرد الاختلاف الكمى فى
المطلوب فى الدعويين . ولكن اذا صدر الحكم بالفعل فى احدهما
بالتعويض ، فلا يكون للمدعى رفع دعوى جديدة للمطالبة بمبلغ أكبر
من ذلك المحكوم به فى الدعوى الأولى وان رفعها كانت غير مقبولة

(٧٢) ويدق الأمر بالنسبة للدعوى المرفوعة بطلب ملكية شيء معين ،
فهل تختلف فى موضوعها عن الدعوى المرفوعة بطلب قيمة هذا الشيء . فاذا
طالب شخص بملكية منقول معين وتسليمه له ، فليس للقاضى ان يحكم من
تلقاء نفسه بقيمة هذا المنقول ، ولكن لأن الحكم بقيمة الشيء لا يتصور
الا اذا ثبتت ملكية الشيء للمدعى ، فان نفى الملكية فى الدعوى الأولى يؤدى
الى عدم قبول الدعوى الثانية المرفوعة بطلب قيمة الشيء ، لاننا نكون بصدد
دعوى واحدة رغم اختلاف المحل (انظر كيو فندا مبادئ ص ٢٨٢ - ٢٨٣ -
نظم ج ١ بند ١١٠ ص ٣٠٩ . فتحى والى - الوسيط ص ٨٧) . ويدق
الأمر ايضا بالنسبة للدعوى التى يكون موضوعها جزءا من حق ، فهل تختلف
من تلك الدعوى التى يكون موضوعها هذا الحق كله ؟ . بداءة لا شك ان
الدعويين مختلفتان فى هذه الصورة لاختلاف الموضوع فيهما . ولكن يتجه
الرأى الى القول بأنه اذا أمكن تصور دعوى الجزء ، دعوى مستقلة ،
بموضوع له كيان مستقل ، ليس على أساس أنه جزء من حق أكبر ، فيتعلق
الأمر هنا بدعويين لا دعوى واحدة ، وهذا يؤدى الى انكار الحق الأكبر
لا يمنع رفع دعوى الحق الأصغر ، فانكار الملكية لا يؤدى الى عدم تبسول
دعوى الانتفاع بذات الشيء . اما اذا نفى الحق الأكبر يؤدى الى نفى الحق
الأصغر ، فيتعلق الأمر بدعوى واحدة . على أن تقدير ذلك يكون متروكا
للقاضى يبحثها فى كل حالة على حده (انظر كيو فندا - الاشارة السابقة ،
فتحى والى - الاشارة السابقة) .

لسبق الفصل فيها ، نظرا لوحدة الدعوى وذلك ما لم يكن التعويض المحكوم به تعويضا مؤقتا (٧٣) .

٣٠٧ - (٣) سبب الدعوى : Causa petendi

ثار جدل فقهي كبير حول فكرة السبب في القانون ، ولكننا لن ندخل في تفاصيل هذا الخلاف - رغم أهميته - تاركين ذلك لمناسبة قادمة . وانما نحاول - في ايجاز - اجمال هذا الخلاف في تجاهين (٧٤) .

١ - الاتجاه الأول - السبب هو القاعدة القانونية :

يذهب جانب من الفقه الى القول بان سبب الدعوى (سبب لطب) يتمثل في القاعدة القانونية التي يستند اليها المدعى فى دعواه (٧٥) . وعلى ذلك فاذا اتحدت دعويان فى السبب ، والموضوع

(٧٣) فتحى والى - الاشارة السابقة . وجدى راغب - الخصومة

ص ١٠٦ .

(٧٤) انظر فى فكرة السبب بالتفصيل

Gilli (J. P.) : La cause juridique de la demande en justice, Thèse Paris 1962. Motulsky, la cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964.

جلاسون وتيسيه ج ١ ص ٤٦٥ . موريل ص ٢٨٧ - ٢٨٨ . فنسان بند ٢٨٢ وما بعدها ص ٤٩٠ وما بعدها . نورماند - القاضى والنزاع - ص ١٢٤ . كورنو وفوييه - ص ٤٠٤ . كيوفندا - مبادئ ص ٢٨٣ وما بعدها . كوستا ص ٤٤١ - ٤٤٢ بند ٣٣٩ . ميكيلي - محاضرات ج ١ ص ٣٣ - ٣٥ بند ٩ . سالتا ص ١١٢ - ١١٥ بند ٧٩ لبيمان - بند ٧٢ ص ٧٢ - ٧٤ .

هشام على صائق - المقصود بسبب الدعوى المبتنع على القاضى تغييره - المحاماه ص ٥٠ ابريل سنة ١٩٧٠ ص ٧٦ وما بعدها . عزمى عبد الفتاح - اساس الادعاء امام القضاء المدنى . دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ . نتجى والى - الوسيط ص ٨٨ وما بعدها . ابراهيم سعد - ص ٥٦٤ وما بعدها . وجدى راغب - الخصومة ص ١٠٦ - ١٠٧ . (٧٥) ورغم اتفاق ائصار هذا الاتجاه على ذلك فانهم اختلفوا فى تحديد

والخصوم ، كنا بصدد دعوى واحدة ، أما اذا اتحدتا فى الموضوع والخصوم واستندتا على قاعدتين قانونيتين مختلفتين كنا بصدد دعويتين : دعوى واحدة .

٢ - الاتجاه الثانى - السبب هو الوقائع المنتجة فى الدعوى :

يذهب الفقه الحديث فى عمومته الى أن سبب الدعوى انما يتمثل فى الوقائع القانونية المنتجة فى الدعوى - أى التى تؤدى الى تطبيق القاعدة القانونية بواسطة القاضى . فوحدة الواقعة لا تؤدى الى تعدد الدعاوى ، ولو وقعت فى نطاق أكثر من قاعدة قانونية . فالذى يحدد الدعوى هو الواقعة أو الظروف الواقعية لها وليس النص القانونى المجرد (٧٦) .

والعبرة فى تحديد سبب الدعوى هى بالوقائع القانونية التى يقدمها المدعى ، لا بتكييفه لها ، فالتكييف يعد مسألة قانونية ، يستل بها القاضى بناء على ما يقدمه اليه الخصوم من وقائع (٧٧) .

معنى القاعدة القانونية ، فبعضهم رآها فى النص القانونى الذى يستند عليه الخصم بينما رآها البعض الآخر فى المبدأ القانونى الذى يستند عليه الطلب . أو التكييف القانونى لوقائع الدعوى (أنظر فى تفاصيل ذلك جيلى - رسالة - المشار إليها ص ٥٣ وما بعدها ، نورماند ص ١٣٤ وما بعدها . كورنى وفوييه ص ٤٠٤) كوشيز ص ١٣٩ - ١٤٠ (إبراهيم سعد ص ٥٦٤ - ٥٦٥) . عزمى عبد الفتاح ص ٢١ وما بعدها .

(٧٦) " la causa è il fatto costitutivo dell'azione, l'azione si individua pel fatto e non per la norma astratta di legge " . Chiovenda, principii, p. 283., Istituzioni, Napoli 1960, V.I. p. 310.

وبنفس المعنى كوستا - ص ٤٤١ - ٤٤٢ . لييمان بند ٢٧ ص ٧٢ - ٧٣ أنظر مرضا لهذا الاتجاه مزى عبد الفتاح ص ٤٣ وما بعدها . (٧٧) فالقاضى وان كانت له الحرية فى تكييف الطلبات المعروضة عليه ، غير متقيد فى ذلك بوصف الخصوم لها الا انه مقيد بما يقدمه الخصوم من وقائع فلا يملك التغيير فى مضمون هذه الطلبات . واذا كان الثابت أن الدعوى هى دعوى تعويض أقيمت على أساس المسؤولية التقصيرية ، فان تكييف الحكم على أنها دعوى بطلان تصرفات . يكون تكييفها خاطئا لتجاوز الحكمة حدود الطلبات المقدمة فى الدعوى ، (هشام صادق - مقاله) ص ٩٠ إبراهيم نجيب ص ٥٦٨ ، نقض ١٩٧٤/١١/٢٥ ص ٢٤ ص ١٢٧٤ .

وفى ذلك تقرر محكمة النقض أن « قاضى الدعوى ملزم فى كل حال بإعطاء الدعوى وصفها الحق ، واسباغ التكييف القانونى الصحيح عليها دون تقييد بتكييف الخصوم لها فى حدود سبب الدعوى » (٧٨) . فاذا كانت الوقائع واحدة فى دعويين ، كان السبب واحدا ، ولو غير المدعى تكييفه لها فى الدعوى الأخرى (٧٩) . ولكن الذى يؤدى الى اختلاف 'الدعوى هو اختلاف الوقائع ذاتها فى الدعويين ولو كانت متشابهة أو متماثلة (٨٠) ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن الذى يؤدى الى تغيير السبب ، وبالتالي تغيير الدعوى ، هو تغيير الوقائع المنتجة فى دعوى عنها فى الأخرى ، لا التغيير فى الأدلة الواقعية *moyens* . وعلى ذلك فاذا رفع المدعى دعواه مستندا الى عقد من العقود بينه وبين المدعى عليه . وقدم دليلا لاثبات العقد ورقة عرفية ، فإن استناده بعد ذلك لاثبات العقد الى شهادة أو اقرار ، فلا يعتبر تغييرا فى السبب وإنما تغييرا فى الأدلة . وتبقى الدعوى لذلك واحدة (٨١) .

(٧٨) نقض ١٩٨٨/٣/٢٤ فى الطعن ٩١٢ لسنة ٥١هـ ، ١٩٨٨/١٠/٣٠ فى الطعن ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق ١٩٨٨/١١/١٦ فى الطعن ٧١١ لسنة ٥٨ ق ١٩٨٨/١١/٢٣ فى الطعن ٣٩٦ لسنة ٥٢ ق . نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨ .

(٧٩) وعلى ذلك اذا رفع الخصم دعوى تعويض مؤسسا اياها على قواعد المسؤولية التقصيرية ، فاذا عاد ورفع ذات الدعوى بنفس الوقائع مستندا على قواعد المسؤولية العقدية ، كانت دعواه غير مقبولة (نقض ١٩٦٦/١/٢٧ س ١٧ ص ١٨٢ .

(٨٠) كما لو رفعت زوجة دعوى تطليق للضرر بسبب وقائع استجندت بعد صدور الحكم الأول الذى قضى برفض التطليق (نقض ١٩٧٤/٢/٢٠ س ٢٥ ص ٣٧٩) . وانظر هشام صانق ص ٨٣ وما بعدها .

(٨١) عبد الرزاق السنهورى - الوسيط ج ٢ ص ٢٠٧ . فتحى والى - الوسيط ص ٨٩ وقد قضت محكمة النقض بذلك وقررت أن سبب الدعوى هو الواقعة التى يستند منها المدعى الحق فى الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند اليها الخصوم (نقض ١٩٨٨/٢/١٨ فى الطعن ٣٥١ لسنة ٥٤ ق . نقض ١٩٨٨/٦/١٢ فى الطعن ٢٨٠ لسنة ٥٥ ق . نقض ١٩٨٨/١٢/٨ فى الطعن ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق . نقض ١٩٨٦/٦/١٧ فى الطعن ٢٥٣٢ لسنة ٥٢ ق . نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٧٨ . انظر ابراهيم سعد - ص ٥٧٣ وما بعدها بند ٢٣٠ فنسان بند ٢٨٤ - كيوفندا - نظم ج ١ ص ٣١٠ بند ١١١ .

وإذا كنا قد انتهينا الى أن الرأي الغالب يرى أن السبب هو مجموعة الوقائع القانونية المنتجة في الدعوى ، فهل المقصود بسبب الدعوى هو سبب الحق فيها أم سبب الحق أو المركز القانونى المرفوعة به الدعوى ؟

- يذهب رأى الى القول بأن السبب المقصود فى هذا الخصوص هو سبب الحق أو المركز القانونى المدعى به . وفى هذا نصت المادة ١٠١ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن « الأحكام ... حجة فيما فصلت فيه من الحقوق .. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجة الا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذلك الحق محلا وسببا » (٨٢) .

- ولكن كما قيل بحق (٨٣) أن الفكرة المتقدمة لا تتفق الا مع اعتبار الدعوى هى الحق الموضوعى نفسه أو عنصر من عناصره . وهى الفكرة التى رفضها الفقه الحديث فى عمومها ، والذى استقر على اعتبار الدعوى حقا مستقلا عن الحق الموضوعى ، وهذا يؤدي بالضرورة الى اختلاف سبب الحق فى الدعوى عن سبب الحق الموضوعى ، ولا يمكن اعتبار سبب الحق سببا للدعوى .

فالسبب المنشئ للدعوى فى رأينا ، يتمثل فى الواقعة أو الوقائع القانونية التى تلجئ الشخص الى رفع الامر الى القضاء طلبا لحمايته ، أى فى الاعتداء على الحق أو المركز المدعى به ، الذى لا يستطيع المدعى رد هذا العدوان بوسائله الذاتية ، وانما يتعين عليه اللجوء الى القضاء للحصول على حماية القضاء لحقه أو مركزه القانونى . فالاعتداء على الحق أو المركز القانونى المدعى به ، هو السبب المنشئ فى رأينا للحق فى الدعوى ، فلا ينشأ لصاحب الحق الموضوعى الحق فى الدعوى اذا لم

(٨٢) ليبمان ج ١ بند ٢٧ ص ٧٢ . المنهوى - الوسيط ص ٦٩٧

(٨٣) فحنى والى - الوسيط - ص ٩٠ .

يكن هناك اعتداء قد وقع على حقه أو مركزه القانونى (٨٤) أو كان هناك تهديد بالاعتداء على هذا الحق . هذا هو سبب الدعوى بالمعنى الدقيق (٨٥) .

عناصر الدعوى فى الفقه الاسلامى :

ركن الدعوى عند الأحناف ، وهى عندهم تصرف قولى ، يتمثل فى القول أو ما يقوم مقامه والموضوع فى اللغة أو عرف الناس للطلب . أما أركان الدعوى عند الأحناف فهى أربعة : الفاعل : المدعى والمدعى عليه ، والمحل وهو المدعى به ، والصيغة وهى عبارة الطلب . وأن يتم ذلك فى مجلس القضاء . أما السبب فقد عالجه فقهاء الشريعة مستقلا عن أركان الدعوى ، وأن اعتبره عنصرا فيها ولشريعيتها . واشترط الفقهاء شروطا فى كل ركن من هذه الأركان . فيشترطون فى أطراف الدعوى ، الأهلية والصفة والمعلومية ، أما محل الدعوى فيجب أن يكون مشروعا ومعلوما ومحتمل الثبوت . أما القول فيقصد به طلب الحق

(٨٤) انظر فى فكرة سبب الدعوى بالتفصيل كيفنذا مبادئه ص ٢٨٢ وما بعدها . نظم ج ١ بند ١١١ ص ٣٠٩ وما بعدها . الذى وضع فكرته فى ان سبب الدعوى بصفة عامة يتمثل فى مجموعة وقائع . وقائع خاصة بمصدر الحق المدعى بصايقته ، وقائع متعلقة بسبب اللجوء الى القضاء (الاعتداء على الحق) . وقائع خاصة بالواقعة التى يتولد عنها المصلحة فى الدعوى وهذه الوقائع يجب على المدعى اثباتها . نظم ص ٣١٠ وما بعدها . وبعد ذلك حدد سبب كل من الدعوى المنشئة ، والدعوى التقريرية ودعوى الالتزام .

(٨٥) ويذهب البعض الى القول ، برغم تسليمه بذلك ، الى أن سبب الدعوى كاحد عناصر تمييزها انما يتحدد بمجموعتين من الوقائع وقائع قانونية مصدر الحق أو المركز الموضوعى ، والوقائع التى يؤدى ثبوتها الى نشأة الحاجة لدى صاحب الحق الموضوعى الى الحماية القضائية . ثم يعود ليقرر ان ادخال مصدر الحق فى سبب الدعوى ينفى عنه اعتبار الحق احد العناصر المكونة لمحل الدعوى ، فلا حاجة اليه فى تكوين السبب لأن اعتباره سببا للدعوى أو أحد عناصر السبب يؤدى الى الخلط بين فكرة المحل وفكرة السبب . (فتحى والى - الوسيط ص ٩٠ - ٩١) . وهذا الذى انتهى اليه هو ما نقول به من ان سبب الدعوى بالمعنى الفنى انما يتمثل فى الاعتداء على الحق أو المركز القانونى المدعى .

والا يكون مناقضا لأمر سبق صدوره من المدعى وأن يكون بتعبير جازم وقاطع (٨٦) .

٣٠٨ - ظاهرة تزاحم الدعاوى (٨٧) Concorso di azion.

وتوجد هذه الظاهرة عندما تتعدد الدعاوى ، ولكنها جميعا تهدف الى تحقيق غرض واحد ، والفصل فى احداها محققا ما تهدف اليه ، يؤدي بالضرورة الى تحقيق ما تهدف اليه الدعاوى الأخرى ، ومن ثم فلا ضرورة لرفعها بعد ذلك ، وعليه فإن الفصل فى دعوى من هذه الدعاوى يؤدي الى انقضاء باقى الدعاوى الأخرى . بشرط ان يكون الحكم الصادر فى احدى هذه الدعاوى صادرا بتحقيق ما تهدف اليه . أما اذا رفضت الدعوى فيظل الحق فى رفع الدعاوى الأخرى (٨٨) . ويظهر التزام عندما تتحد دعويين فى الخصوم والموضوع مع اختلافهما فى السبب مثل المودع الذى يستطيع أن يطالب برد الشئ المودع من المودع لديه برفع دعوى الرد مستندا الى عقد الوديعة . او دعوى رد يكون سببها الملكية . كما يظهر التزام عندما يوجد اتحاد بين دعويين أو أكثر فى المحل والسبب مع اختلاف فى الأشخاص (مثل دعوى كل شريك فى ابطال قرار لمجلس ادارة الشركة) .

(٨٦) محمود هاشم - اجراءات . ص ٢٤ ، ٢٥ بند ١٥
(٨٧) انظر فى هذه الظاهرة مقالة الأستاذ ليبان بعنوان
Azioni concorrenti منشورة فى مؤلفه والذى اسماه « مشكلات الخصومة المدنية » - طبعة ١٩٦٢ ص ٥٤ - ٦٣ . وموجزه بند ٢٩ - ج ١ ص ٧٨ .
كيوفندا نظم ج ١ ص ٣١٧ بند ١١٣ مبادئ ص ٢٨٧ وما بعدها .
(٨٨) فتحى والى - الوسيط ص ٩١ - ٩٢ .

الفصل الثاني

شروط الدعوى

٣٠٩ - المقصود بشروط الدعوى :

لم يشأ المشرع أن يلزم القضاء بالفصل فى كل ما يقدم اليه من ادعاءات ، الأمر الذى يؤدى الى ضياع وقت المحاكم فى بحث أمور غير ذات أهمية ، أو أمور تم الفصل فيها ، أو أن الفصل فى موضوعها غير مجد بالنسبة لأطرافها . وانما اشترط المشرع لالزام القاضى بالفصل فى موضوع ما يقدم اليه ، شرائط معينة ، فان توافرت هذه الشرائط ، قام للمدعى حق فى أن يحصل على حكم من القضاء فى موضوع ما يدعيه .
Droit d'action حق الدعوى

وعلى ذلك فيقصد بشروط الدعوى ما يتطلبه القانون من مقتضيات لوجود حق الدعوى (١) . وشروط الدعوى ، تمثل فى الوقت نفسه شروطا للحكم فى موضوعها . وهذه الشروط هى ما يطلق عليها اصطلاحا شروط قبول الدعوى
Conditions de recevabilité des actions

(١) وجدى راغب . الخصومة ص ١١٦ ، مبادئ القضاء المدنى ، ط أولى - ١٩٨٧ ص ٩١ . مع ملاحظة أن هناك من يفرق بين شروط وجود الدعوى كحق ، وهذه الشروط تختلف عن شروط قبولها أو مباشرتها . فمنهم من يرى أن الحق شرط لوجود الدعوى والصلحة شرط لقبولها (عبد المنعم الشرطاوى - رسالة - ص ٤٠ - ٤١ بند ٣٨) ومن النكاه من يرى أن شروط قبول الدعوى هى شروط مباشرتها (محمد عبد الخالق عمر - رسالة بند ١٩٩ جارسونيه ج ١ ص ٥٢٠ . وفنسان وجنشار ، بند ٢٢٠ ص ٤٤ . وتارن جابيو - ص ٥٠ بند ٥٩ ، بند ٦٠ ص ٥٢) ، ومن الفقهاء من لا يفرق - ويحق - بين شروط وجود الدعوى وشروط قبولها ، ففى واحدة ، إما مباشرة الدعوى فتتحقق عن طريق الخصومة بآراءها والتى تبدأ بالمطالبة القضائية ، وهذا أمر متبين عن الدعوى (وجدى راغب - الخصومة - الإشارة السابقة) .

ولم تعد الدعاوى ، فى العصر الحديث ، محددة بنماذج معينة ، ومن ثم فلا يشترط لقبولها أن يرد بشأنها نص فى القانون صراحة (٢) ، ولكن ذلك لا يعنى أن المشرع الحديث قد منع نفسه من تنظيم دعاوى معينة ، ويعطى لها أسماء محددة ، فقد يتولى المشرع تنظيم بعض الدعاوى مسميا اياها بأسماء معينة ، مثل دعوى منع التعرض .

فالمشرع الحديث انما ينظم الدعوى بصفة عامة ، محددا شرائط معينة لوجودها ، ان توافرت وجد الحق فى الدعوى ، حتى ولو لم يرد نص قانونى خاص بها ، وهذه هى ما نطلق عليها الشروط العامة لوجود الحق فى الدعوى ، ولكن ذلك لا يمنع المشرع من أن يتولى بنفسه تنظيم دعاوى محددة ، مشترطا لوجودها - فضلا عن الشروط العامة - شروطا خاصة بها ، مثل تلك الشروط الخاصة بدعاوى الحيازة ودعوى الشفعة وغيرها .

وما يهمنا فى هذا الخصوص ، هو الشرائط العامة للدعوى ، اللازمة لقبولها ، تاركين الشروط الخاصة ، للحديث عنها فى أماكنها المناسبة ، عندما يرد ذكر لهذه الدعاوى التى يشترط المشرع لقبولها شرائط خاصة .

والشروط العامة للدعاوى قد تكون شروطا يلزم توافرها لوجود حق الدعوى أى لقبولها ، وهى ما نطلق عليها الشروط الايجابية . وقد تكون شروطا يلزم عدم توافرها حتى تقبل الدعوى ، وهى ما نطلق عليها الشروط السلبية . ونخصص مبحثا لكل منها :

(٢) أنظر وجدى راغب - الخصومة ص ١١٦ - فتوى والى - ص ٦٩ .

رمى سيف بند ٧٥ ص ١٠٩ .

المبحث الأول

الشروط الايجابية لوجود الدعوى

٣١٠ - معناها وتعدادها :

يقصد بالشروط الايجابية لوجود الدعوى ، تلك الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى والفصل فى موضوعها .

وقد اختلف الفقه فى تحديد هذه الشروط او تلك الخصائص ، فمنهم من حصرها فى شرط واحد هو المصلحة فى الدعوى ، تطبيقاً لنقاعدة القائلة بأنه « حيث لا مصلحة فلا دعوى » ، وما الشروط الأخرى التى يرددها الفقه الا أوصافاً لشرط المصلحة ، أو خصائص لها (٣) .

ومنهم من ذهب (٤) الى عدم كفاية المصلحة لقبول الدعوى ، وانما يشترط بالإضافة اليها توافر الصفة ، ثم يضيف البعض الآخر (٥) الى هذين الشرطين ، شرطاً ثالثاً هو توافر الحق الموضوعى . كما أن بعضاً من الفقهاء (٦) قد أدخل الأهلية ضمن شروط الدعوى . وقد ذهب

(٣) عبد المتعم الشرنقاوى - رسالة ص ٤١ بند ٣٨ ، بند ٤٠ ص ٤٢ .
رمزى سيف - بند ١٠٠ - ١٠٢ ص ١٣٧ - ١٣٨ أحمد السيد صاى -
الوجيز بند ٢٥ ص ٣٩ . جابيو بند ٦٠ ص ٥٢ الذى لم يفرق بين شروط
وجود الدعوى وبين شروط مباشرتها ، وقال بعد أن عدها فى الحسنى
والمصلحة والصفة والأهلية أنها مجرد وجهات نظر مختلفة فى شرط واحد
" Mais le quatre points sont souvent difficiles à séparer ces peuvent
même être quatre aspects différents sous lesquels on envisage une même
condition " .

(٤) مصطفى كامل كيرة - قانون المرافعات الليبى سنة ١٩٧٠ ص ٢٦٦
أحمد مسلم - أصول - بند ٣٠٦ ص ٣٢٩ . سوليس وبيرو ص ٢٤٣ .
(٥) محمد وعبد الوهاب العشماوى - ص ٥٦٣ . فتحى والى - بند ٣٣
عبد الفتاح السيد بند ٣٢٠ ، ومعظم الفقه القرنى .
(٦) عبد الباسط جيمى . ص ٣١٠ ، العشماوى بند ٤٦٢ ص ٥٨٩
عبد الفتاح السيد بند ٣٢٢ ص ٣١٨ . محمد حامد فهمى بند ٣٢٧ .
عبد الخالق عمر - رسالة - ص ٧٠ بند ٧٣ . لاکوست ص ٣٦ بند ٥٥ -
جابيو ص ٥٢ بند ٥٢ وما بعدها . سوليس وبيرو بند ٣٨٣ . جارسونيه
وسيزاربيرو - ج ١ ص ٥٨٠ بند ٣٥٦ . بوليارد ص ٢٧ وما بعدها .

أخيرا رأى (٧) الى القول بأن المصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى ، وإنما هي شرط لوجودها ، وشروط قبول الدعوى ، فى نظره ، لا تعدو الا ان تكون وجود الحق والاعتداء عليه وتوافر الصفة .

والقول بأن الحق الموضوعى شرط للدعوى ، قول مرفوض لأن ذلك يتعارض مع اعتبار الدعوى حقا مستقلا قائما بذاته عن الحق الموضوعى ، وبالتالي فيكون الحق الموضوعى شرطا للطلب ذاته وليس لوجود الحق فى الدعوى (٨) . والقول بأن الأهلية شرط فى الدعوى ، قول ينفى أن الدعوى ينشأ الحق فيها للمقصر وعديمى الأهلية ، فالأهلية ليست شرطا لوجود الدعوى ، وإنما شرطا لمباشرتها ، أى مباشرة إجراءاتها (٩) . ولهذا ينص القانون على انقطاع سير الخصومة بفقد أحد الخصوم لأهليته . ولو كانت الأهلية شرطا لقبول الدعوى لوجب أن يكون الجزاء هو عدم قبول الدعوى وليس انقطاع الخصومة فيها .

وأذا ما استبعدنا الحق والأهلية من شروط وجود الدعوى لما تقدم ، فلا يبقى الا المصلحة فى الدعوى ، والصفة فيها . وهما شرطان ضروريان لوجود الحق فى الدعوى ، فإذا انتفى أحدهما ما قام الحق فى الدعوى ، وما كان للشخص الحق فى الحصول على حكم فى الموضوع ، فالمصلحة تعبر عن الجانب الواقعى أو المادى للدعوى بينما تمثل الصفة الجانب الشخصى فيها (١٠) .

ونخصص مطلبنا مستقلا لكل من هذين الشرطين :

(٧) فتحى والى - الوسيط بند ٣٧ ص ٧٩ وما بعدها .

(٨) انظر فى ذلك كورنى وقوييه - ص ٢٨٤ . أحمد مسلم - ص ٣١١

بند ٢٨٩ .

(٩) رمزى سيف - ص ١٣٧ بند ١٠٠ ، أحمد مسلم - ص ٣٣٤

بند ٣٠٧ . فتحى والى - الوسيط بند ٣٨ ص ٨٣ ، وجدى راغب - ببادئ

التضاء ص ٩٣ ، محمد السيد صاوى بند ٢٦ ص ٤٠ ، محمد عبد الخالق

عمر - رسالة - بند ٣٣٤ ، عبد المنعم الشرتاوى المصلحة فى الدعوى بند

٣٨ ص ٤٠ أبو الوفا - بند ١٢٠ ص ١٢١ .

فنسان - بند ١٧ ص ٣٨ ، فنسان وجنشار بند ٢٢ ص ٤٤ . موريل

ص ٣٠ بند ٢٧ . قزيبوز - ص ٢١٣ كورنى وقوييه ص ٢٨٤ : كوشيز -

بند ١٥١ ص ٩١ .

(١٠) إبراهيم سعد - ص ١٤٦ . وجدى راغب - الخصومة ص ١١٨

فنسان وجنشار بند ٢٣ ، ص ٤٥ .

المطلب الأول

المصلحة في الدعوى

(11) Intérêt d'agire en justice

٣١١ - تمهيد :

يقتضى منا البحث في شرط المصلحة ، التعرض لتعريفها ، ثم بيان شروطها ، اذ لا تكفى مجرد المصلحة لقبول دعوى من الدعاوى ، وانما المصلحة التى حدد القانون شروطا لها وهى المصلحة القانونية القائمة .

الفرع الأول

تعريف المصلحة

٣١٢ - الخلاف فى تعريف المصلحة :

رغم اجماع الفقه على ضرورة المصلحة لوجود الدعوى ، وبالتالى لقبولها ، فلم يتعرض الغالبية منهم لتعريفها (١٢) ، مما أدى الى الخلاف حوله ، اذ يذهب الرأى الغالب من الفقهاء ، الى أن المصلحة هى « الفائدة أو المنفعة العملية » التى تعود على المدعى من الحكم له قضائيا بطلباته (١٣) . ويتفق هذا التعريف مع القاعدة القائلة بأنه حيث

L. Juraud : L'intérêt pour agir en justice, contribution à (١١)
la notion d'intérêt en droit positif. Thèse, Poitiers, 1959. ci é par Vincant,
p. 39, cit (1).

(١٢) عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٥٣ بند ٤٨ .
(١٣) عيد الفتاح السيد - بند ٣٢١ ص ٣٠٨ . وذات المؤلف
بالاشتراك مع دسرتو فى مؤلفهما المشترك بالفرنسية قانون المرافعات المصرى
Abdel - Fattah El sayed et Desserteaux : Traité théorique et pratique
de procédure civile et com. égyptienne, 1926 no. 148.

أحمد مسلم - أصول ٢٩٥ ص ٣١٨ . إبراهيم سعد - ص ١٤٧ . أحمد

لا مصلحة فلا دعوى . pas d'intérêt pas d'action. ، أو أن المصلحة هي مناط (مقياس) الدعوى . " L'intérêt est la mesure de l'action " .
ويفصل البعض الآخر (١٤) في الأمر ، ويفرق بين المصلحة بمعنى الباعث ، والمصلحة بمعنى الغاية . ويعرفون المصلحة بالمعنى الأول بأنها الحاجة الى حماية القانون ، وهي لذلك وثيقة الصلة بالاعتداء على الحق ، فهي تدور معه وجودا وعدما . أما المصلحة بمعنى الغاية فهي ما ينشده المدعى من رفع الدعوى الى القضاء ، وتمثل هذه الغاية في تحقيق الحماية القانونية ، ويستبعد أنصار هذا الرأي أن المصلحة كغاية ليست هي الرغبة في الحصول على مجرد منفعة مادية أو أدبية ، لأن ذلك من شأنه أن يجعل من المصلحة في الدعوى تعبيراً تافهاً ، « فالمنفعة لا يستحصل عليها المدعى من الحكم له في الدعوى باعتبارها غاية في ذاتها ، بل لأنها المظهر أو الوسيلة لتحقيق حماية القانون . ويخلص صاحب هذا الرأي الى أن المصلحة تعرف « بأنها المنفعة التي يحصل عليها المدعى بتحقيق حماية القانون لحقه الذي اعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء عليه » (١٥) .

وإذا كان الرأي الأخير قد أقام تفرقة فنية دقيقة بين الباعث والغاية ، إلا أنها تفرقة نظرية ، حتى أن صاحب هذه التفسيرقة قد عاد وأقر بصعوبة إقامتها ، قائلا : « أن الفارق في الواقع بين هذين المعنيين دقيق الى حد يجعل إدراكه - في الكثير من الأحيان - صعب المنال ، فإن الباعث والغاية كثيرا ما يندمجان - فأحدهما سبب

السيد صاوي - ص ٤١ رمزي سيف بند ٧٦ ص ١١٠ . أحمد أبو الوفا - بند ١٠١ ص ١٠٥ . سوليس وبيرو ج ١ ص ١٩٨ بند ٢٢٣ . ثم أورد تعريف كابتان للمصلحة بأنها

l'intérêt est un avantage d'ordre pécuniaire ou moral.

ص ٢٠٠ بند ٢٢٦ مشيرا الى Vocabulaire juridique de Capitant
وبوليارد - المرجع السابق ص ٢٨ بند ٢٧ .
(١٤) عبد المنعم الشرقاوي - المصلحة في الدعوى - ص ٥٤ وما بعدها
بند ٤٩ - ٥٠ : أحمد أبو الوفا - ص ١٠٥ بند ١٠١ .
(١٥) عبد المنعم الشرقاوي - المصلحة في الدعوى - ص ٥٤ - ٥٥
بند ٥٠ .

والآخر نتيجة (١٦) . وخلص الى تعريف المصلحة بالمعنيين معا قائلا ان المصلحة هي « الحاجة الى حماية القانون للحق المعتدى عليه ، والمهدد بالاعتداء عليه . . والمنفعة التي يحصل عليها المدعى بتحقيق هذه الحماية » .

وهذا التعريف الذي انتهى اليه هو التعريف الصحيح للمصلحة ، فبمجرد المنفعة التي يحصل عليها المدعى من الحكم له بطلانيته ، وهي المنفعة التي لن يحصل عليها نتيجة الاعتداء على حقه أو التهديد بالاعتداء عليه . - الا بالرجوع الى القضاء ، لدفع هذا العدوان أو وقف هذا التهديد ، خاصة أن المدعى لا يستطيع أن يقتضى لنفسه وبوسائله وفى ذلك يقول الفقيه الايطالى كيوفندا أن المصلحة تتمثل فى الضرر الذى يلحق بالمدعى اذا لم يتدخل القضاء (١٧) .

يتضح أن المصلحة فى الدعوى ليس هو معناها الموضوعى ، أى باعتبارها عنصرا فى الحق (١٨) فالمصلحة كعنصر ، موجودة فى الحق سواء تم الاعتداء عليه أو لم يتم ، فالحق يوجد رغم الاعتداء عليه ، كما ان الحق بذاته غير كاف لقيام الدعوى ، حيث لا تكون هناك مصلحة للمدعى له بطلانيته ، فلا تقبل مثلا دعوى الدائن العادى أو المرتهن المتأخر فى المرتبة ، ببطلان اجراءات توزيع قيمة العقار على الدائنين المرتهين السابقين عليه فى المرتبة ، لأنه حتى ولو حكم ببطلان هذه الاجراءات ، فلن ينال المدعى شيئا من قيمة العقار المبساع نظرا لاستغراق حقوق الدائن المرتهن السابق فى المرتبة لكل قيمة العقار . ومن هنا فلا مصلحة للدائن العادى أو الدائن المرتهن المتأخر فى المرتبة ، فى طلب بطلان التوزيع ، رغم أنه صاحب حق (١٩) .

٣١٣ - من كل ما تقدم يتضح أنه لا بد من توافر مصلحة معينة للمدعى ، حتى ينشأ له الحق فى الدعوى ، أى حتى تقبل دعواه ، ويكون

(١٦) عبد النعم الشرقاوى - المرجع السابق ص ٥٥ - ٥٦ .

(١٧) كيوفندا - مبادئ ص ١٥٥ .

(١٨) انظر كوستا بند ٢٠ ص ٢٨ .

(١٩) نقض ١٩٧٤/٤/٣٠ ص ٢٥ ص ٧٨٤ . وانظر فى تعريف

المصلحة فى قضاء النقض فى الطعن ٢٠١٥ لسنة ٥٤ نقض ١٩٨٨/١٢/٢٨

له الحق فى الحصول على حكم من القضاء فى موضوع ما يدعيه ، فاذا لم تكن له المصلحة ، أى لم تكن هناك فائدة معينة ، يمكن أن تعود عليه من الحكم له بطلانيته - على فرض صحتها - فلا يكون هناك مبررا لأن تسمع دعواه (٢٠) . فلا يتصور وجود انسان طبيعى عاقل يمكن أن يلجأ الى القضاء ، ويتكبد بناء على ذلك نفقات . ومشقة فى تكرار الحضور الى المحكمة لمتابعة سير الدعوى ، دون ان يكون له هدف يسعى اليه ، وفائدة يرمى الى تحقيقها . الا ان ذلك لا يعنى أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى لابد وأن يحقق له هذه المصلحة ، فقد يصدر الحكم رغم ذلك فى غير صالح المدعى ، اذا ما اظهر التحقيق الذى أجرته المحكمة ، وبناء على ما تكشف لها أن المدعى غير محق فى دعواه . وهذا ما يؤكد أن مسألة قبول الدعوى شيء ، والحكم فى موضوعها شيء آخر . فالمصلحة شرط لقبول الدعوى ، أى لمجرد سماعها أمام المحاكم ، ولهذا يلزم توافر هذه الشروط لكى نعرف ما اذا كانت الدعوى جديرة بان تسمع قضائيا أم لا ، وهذه مسألة سابقة ، واولية على الفصل فى موضوعها . والمصلحة بالمعنى المتقدم ليست شرطا لقيام الحق فى الدعوى وقبولها فحسب ، بل هى شرط لوجود الحق فى عرض أى طلب أو دفع أمام القضاء ليحصل على حكم من القضاء بشأنه (٢١) . فلا يقبل الدفع ، ايا كان ، شكليا أو موضوعيا أو بعدم القبول الا اذا كان لرافعه مصلحة فى ابدائه ، كما لا يعبل الطعن فى الحكم الا ممن كانت له مصلحة فى الغاء هذا الحكم (٢٢) .

(٢٠) احمد أبو الوفا - بند ١٠١ من ١٠٥ - ١٠٦ روى سيف
بند ٧٧ ص ١١١ . وقد وصف الفقيه الايطالى ردننى بأن المصلحة فى
الدعوى ما هى الا مصلحة اجرائية ، وسيلية واحتياطية بالنسبة للمصلحة
المرسوعية الاولى ج ١ من ٤١ - بند ١٤ وانظر ميكيلي ج ١ من ٢١ .
(٢١) فالطعن بصورة عقد لا يقبل الا ممن له مصلحة فيه وفى حدود
هذه المصلحة « نقض ١٩٧٤/١/٢٢ س ٢٥ ص ٢١٨ » . فليس للذائع
تميب الحكم بدفاع لا مصلحة له فيه - نقض ١٩٨٨/١/١٧ قى الطعن
٩١٤ لسنة ٥٤ ق - نقض ١٩٨٨/٣/٢٣ فى الطعن ٧٧٦ لسنة ٥٥ ق .
(٢٢) لا يكفى فيمن يختصم فى الطعن أن يكون طرفا فى الخصومة
التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بل يجب أن تكون له مصلحة فى الدفاع
عن الحكم حين صدوره (نقض ١٩٧٤/٣/٢٨ س ٢٥ ص ٦١٢) ، نقض
س ٢٦ ص ٦٧٥ / ١٢/٣ ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٥٣٧ .

الفرع الثانى

شروط المصلحة

٣١٤ - شرطان :

« لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة
يقرها القانون .. » (م ٣ مرافعات) . من هذا يتضح أن المصلحة
التي تعد شرطا لقبول الطلب أو الدفع أمام القضاء يجب أن يتوافر
بتأنيها أمران هما : أن تكون المصلحة قانونية ، وأن تكون قائمة ، ونحدد
فيما يلى المقصود بهذين الشرطين :

أولا - قانونية المصلحة

٣١٥ - المقصود بقانونية المصلحة :

يعبر جانب من الفقه (٢٣) على هذا الشرط بأن يستند صاحبه
على حق أو مركز قانونى ، فالدعوى فى رأيهم تفترض لوجودها سبق
وجود الحق أو المركز القانونى ، وقد سبق أن عرضنا لهذا الرأى وما
يزيد عليه من انتقادات ، إذ ليس بشرط لقبول الدعوى أن يكون رافعها
هو صاحب الحق الموضوعى ، وأن يثبت ذلك قبل رفع الدعوى ،
فالدعوى ترفع بقصد تأكيد وجود الحق أو نفي هذا الوجود . وهذا
لا يتأتى إلا بعد الفصل فى موضوع الدعوى التى افترض قبولها
قبيل ذلك ، وإنما المقصود بقانونية المصلحة
l'intérêt juridique ou légitime ou légal
أن يتمسك رافعها بحق
أو مركز قانونى ، أى أن يكون موضوعها مجرد ادعاء بحق أو بمركز

(٢٣) عبد المنعم الشرقاوى - رسالة - بند ٥٣ من ٥٧٠ أبو الوفا -
بند ١٠٣ - أحمد السيد صاوى - من ٤٤ بند ٣١ - فنان بنى ٢١ من ٤٠ .
جولى اندريه من ٨٧ بند ٦٩ . وانظر فى هذا الشرط بوليارد - من ٢٩
بند ٢٩ ، ٣٠ . وانظر سوليس وييرو ج ١ اللذان يقرران أن القول بعدم
قانونية الدعوى يعنى فى الوقت ذاته عدم وجود الحق المدعى به ، الأمر الذى
يستوجب ، فى نظرهما أن تحكم المحكمة برفض الدعوى وليس بعدم قبولها
فى هذه الحالة . انظر بند ٢٢١ من ١٩٦ ، بند ٢٢٨ من ٢٠٤ .

قانونى (٢٤) ، دون أن يتأكد القاضى من وجود الحق أو المركز القانونى وهو بصدد الفصل فى مسألة قبولها ، لأن ذلك لن يتأكد الا بصور حكم القاضى . وإنما المقصود بهذا الشرط هو أن يتأكد القاضى - بفرض صحة ما يدعيه الخصوم - من أن ما يدعيه المدعى مما يحميه القانون بصفة مجردة ، أو يعترف به . وعلى ذلك فيكون دور القاضى عند بحثه فى مسألة قبول أو عدم قبول الدعوى ، هو البحث فيما إذا كانت هناك قاعدة من قواعد القانون ، تحمى ما يدعيه المدعى ، أم لا ؟ . فإن وجد القاضى ، بفرض صحة ما يدعيه المدعى ، أن هناك قاعدة قانونية تحميه ، كانت الدعوى لذلك مقبولة نظرا لقانونية المصلحة ، وإن لم يجد القاضى قاعدة تحمى ما يدعيه المدعى ، فإنه يحكم بعدم قبول الدعوى لعدم قانونية المصلحة ، دون أن يتطرق لبحث موضوع ما يدعيه هذا المدعى (٢٥) .

وإذا توافر هذا المعنى فى المصلحة ، فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت المصلحة المدعى بها مصلحة مادية أو أدبية ، فمن الممكن المطالبة بتعويض عن الأضرار الأدبية التى لحقت المدعى بسبب سب أو قذف ، أو بسبب مقال نشره صحفى يتضمن مساسا بسمعة المدعى (٢٦) .

(٢٤) وجدى راغب - مبادئ القضاء . ص ٩٤ - محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧ تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه ١٩٧٨ عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٣١٦ .
أبراهيم نجيب - ص ١٤٨ بند ٥٥ . خورنى وقوييه . ص ٣٧ .
" n'est pas nécessairement prétention bien fondée, juridiquement fondée " .

(٢٥) إبراهيم سعد - ص ١٤٩ بند ٥٥ . وجدى راغب - مبادئ الخصومة ص ١١٩ . محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧ . خورنى وقوييه ص ٣٧ . وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه « لا يلزم أن يثبت الحق (للمدعى) حتى تقبل دعواه ، بل يكفي أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جدية بالعرض أمام القضاء » نقض ١٧/٦/١٩٦٩ س ٢٠ ، ص ٩٧٠ (٢٦) عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٣١٧ - ٣١٩ . محمد وعبد الزهراء العشماوى ص ٥٧٥ - ٥٧٦ بند ٤٥٠ أحمد السيد صاوى ص ٤٥ . ويذهب رأى الى القول بأن المصلحة التأهيلية ليست كافية لرفع الدعوى أحمد مسلم - ص ٣١٨ . ولكن الرأى الصحيح أن المصلحة أيضا =

نخلص الى أن الفصل فى مسألة قبول الدعوى ، هو فصل فى مسألة قانونية بحتة ، وهى البحث عن القاعدة القانونية التى تحمى المصلحة محل الادعاء ، دون التطرق الى البحث فى حقائق هذه المصلحة وما اذا كانت تقوم على أساس أو لا تقوم على أساس . فهو فصل فى مسألة سابقة على هذه المرحلة ، أى على الفصل فى الموضوع .

وتظهر الحكمة من اشتراط قانونية المصلحة فى أن القضاء انما يقوم بوظيفة محددة ، هى حماية النظام القانونى فى الدولة ، وهذا النظام لا يتحقق الا بحماية الحقوق والمراكز التى يحميها القانون ، ومن هنا كان لابد أن يكون كل ما يعرض على القضاء من تلك الحقوق والمراكز التى يحميها القانون ، فاذا كانت من المصالح التى لا يقر المشرع حماية لها ، فلا يكون هناك مبرر لنظرها من جانب القضاء حرصا على وقته (٢٧) . لأن البحث فيها يتجاوز وظيفة القضاء .

٣١٦ - أمثلة تكون الدعوى فيها مقبولة لعدم قانونية المصلحة :

ونسوق أمثلة تكون الدعوى فيها غير مقبولة لعدم قانونية المصلحة بالمعنى المتقدم ، أى لعدم وجود قاعدة قانونية تحمى هذه الأنواع من المصالح :

٣١٧ - (١) الدعاوى غير المشروعة :

وهى تلك الدعاوى التى يطالب فيها المدعى بتحقيق مصلحة غير مشروعة أى مصلحة لا يحميها القانون ، اما لمخالفتها للنظام العام أو الآداب .

كانت جدية أو تافهة ، تكون كافية لقبول الدعوى طالما التزامنا الاصل العام المعروف بعدم جواز التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليه فى المادة الخامسة من القانون المدنى .

انظر ابراهيم سعد ص ١٥٠ هامش (٢) احمد أبو الوفا ص ١٠٧ بند ١٠٣ هامش (٣) . انظر سوليس وبيرر ج ١ ص ٢٠١ بند ٢٢٧ . عبد النعم الشرقاوى ص ٨٥ وما بعدها . والمصلحة الأدبية - ص ٩٧ وما بعدها . (٢٧) رمزي سيف - بند ٧٦ - ص ١١٠ .

مثل الدعوى التى يرفعها المدعى مطالبا بالزام المدعى عليه بدفع دين قمار . أو الدعوى التى ترفعها خلية للمطالبة بتعويض من المسئول عن وفاة خليلها . وكذلك الدعوى التى يرفعها المدعى بالزام المدعى عليه بدفع فوائد ربوية ولو كان متفقا عليها . اذ تكون المصلحة فى كل هذه الدعاوى غير قانونية نظرا لانه لا توجد فى قواعد القانون المصرى ما يحمى هذه المصالح .

٣١٨ - (٢) الدعاوى الملوثة :

وهى تلك الدعاوى التى يطالب المدعى فيها باسترداد ما دفعه لآخر ، بناء على اتفاق بينهما ، يعد من جانبه منافيا للآداب العامة (٢٨) . ومن أمثلتها طلب الرأى استرداد - الرشوة من المرتشى ، أو طلب الخليل استرداد ما دفعه لخليلته مقابل استمراره معها فى علاقة آثمة . فهل تقبل هذه الدعاوى أم لا ؟

من الملاحظ أن هذه الطلبات طلبات مشروعة فى ذاتها ، لأن المدعى لا يطالب بأكثر مما دفعه بناء على عقد باطل ، ومن المعروف أن العقد الباطل عدم ، والعدم لا اثر له . ويجب اعادة أطرافه الى الحالة التى كانا عليها قبل إبرام هذا العقد الباطل ، وخاصة أن طلب استرداد هذه المبالغ لا يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة . الا أن هناك قاعدة رومانية قديمة تقول أنه « لا يجوز للشخص الملوث أن يحتج بعمله الشائن أمام القضاء » (٢٩) . وقد قنن القانون المدنى الايطالى هذه القاعدة فى المادة ٢٠٣٥ منه بقوله « ان من أدى التزام لتحقيق غاية تعد من جانبه ماسة بالآداب العامة ، فلا يسترد ما دفعه » (٣٠) . ولهذا

(٢٨) أنظر وجدى راغب - مبادئ الخصومة ص ١٢٠ وما بعدها .
مبادئ القضاء ص ٩٦ .

“(nemo auditur proprium turpitudinem alligans)” . (٢٩)

(٣٠) ونصها كالتى :

“ chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume, non puo' ripetere quanto hapagato ”.

فلا تقبل هذه الطلبات فى القانون الايطالى . فهل تقبل هذه الطلبات فى قانوننا ؟ لم يتضمن القانون المصرى ولا حتى الفرنسى (٣١) ، نصا يقابل نص المادة ٢٠٣٥ من القانون المدنى الايطالى ، الامر الذى ادى الى الخلاف الفقهى حول هذه المسألة (٣٢) .

وقد تعرضت القاعدة الرومانية للنقد من أكثر من وجه ، فقد وجه اليها أولا قصورها على الاتفاقات الباطلة لمخالفتها للآداب ، ولم يطبقها القضاء بالنسبة للاتفاقات المخالفة للقانون ، ثم ان اعمالها من شأنه أن يضيف فحشا الى فحش ، لأن مشتري منزل الدعارة لا يستطيع الاسترداد ، وبالتالي فيكون لبائع منزل الدعارة الذى لم يسلمه الاحتفاظ به واستبقاء الثمن الذى دفعه المشتري ، وبذلك يضاف فى الواقع عدم مشروعية جديد الى عدم مشروعية العقد . ثم ان اعمال هذه القاعدة أيضا يؤدى الى نتيجة غير منطقية وهى احتفاظ الطرف الآخر بما تسلمه بدون سبب ، الامر الذى يجعله يثرى بدون سبب . ثم ان هذه القاعدة أخيرا تتناقض مع منطق البطلان الذى من شأنه إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ،

(٣١) وان كان القضاء الفرنسى قد جرى على تطبيقها فى الكثير من احكامه بالرغم من عدم النص عليها (انظر أسماعيل غانم - فى النظرية العامة للالتزام - ج ١ - ١٩٦٦ ص ٢٩٩ بند ١٤٧ . عبد الرزاق السنهوري - نظرية الالتزام بوجه عام ١٩٦٦ ص ١٩٩ بند ٢١٦ . عبد الحى حجازى - راجز النظرية العامة للالتزام - ج ١ ص ١٩٥٥ بند ٤٩٣ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ . عبد المنعم البدر اوى - النظرية العامة للالتزامات - ج ١ سنة ١٩٦٨ ص ٤٠٣ بند ٢٩٢ . محمود جمال الدين زكى - نظرية الالتزام - ج ١ هامش (٤) ص ٢٧٦ - ٢٧٩ وفيه اشارات لمؤيدى هذا المبدأ فتها وقتضاء وكذلك من أتكروه .

(٣٢) خاصة ان مشروع القانون المدنى المصرى كان قد تضمن نصا مؤداه « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب العامة ان يسترد ما دفعه الا اذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » . ثم حذف هذا النص من المشروع النهائى للقانون لأنه لا يتماشى مع منطق البطلان الذى يقضى باعادة الشيء الى أصله ، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ ص ٢٥٨ .

الامر الذى يوجب استرداد كل منهما ما أوفى به ورد ما تسلم من ادعاءات (٣٣) .

ورغم هذه الانتقادات التى وجهت الى القاعدة الرومانية ، فان الكثير من تشريعات العالم تأخذ بها (٣٤) ، وان هناك من يؤيدها فى الفقه المصرى ، رغم عدم النص عليها ، نظرا لأن هذه الفكرة انما تعد تعبيرا عن سياسة أخلاقية فى قبول الدعاوى ، وهى أن الشخص الملوث ليس جديرا بحماية القضاء له ، كما لا يجب أن تدنس ساحات المحاكم المقدسة بدعاوى ملوثة (٣٥) ولهذا فان الدعاوى التى تستند على هذه المصالح الملوثة ، تكون غير مقبولة لعدم قانونية المصلحة ، وحقا كما قيل بأن القانون اذا كان ينص على عدم سماع دعوى الزوجية - عند الانكار - الا بورقة رسمية ، فانه من باب أولى لا تسمع الدعوى التى يكون أصل الحق فيها علاقة غير مشروعة . خاصة أن أعمال هذه القاعدة من شأنه أن يؤدي الى احجام الافراد عن الدخول فى اتفاقات منافية للاداب العامة . ومن هنا يتضح ان لهذه الفكرة الرومانية هدفا وقائيا (٣٦) .

(٣٣) انظر فى هذه الانتقادات . عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق ص ٤٠٥ - ٤٠٦ . اسماعيل غانم ص ٢٩٩ - ٣٠٠ عبد الحى حجازى - بند ٤٩٤ ص ٣٤٣ ، عبد الرازق السنهورى - الموجز ص ١٩٩ - ٢٠٠ . (٣٤) مثل المادة ٨١٧ من القانون الألمانى ، والمادة ٦٦ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١١٧٤ من القانون النمساوى والمادتين ١٣٠٥ - ١٣٠٦ من القانون الاسبانى ، والمادتين ٦٧١ - ٦٧٢ من القانون البرتغالى (انظر جمال زكى - المرجع السابق ص ٢٧٨ هامش . وانظر دراسة تحليلية لهذه الفكرة فى عبد المنعم الشرقاوى المصلحة ص ٧٢ وما بعدها .

(٣٥) وجدى راغب - مبادئ القضاء ص ٩٧ ، كما كان القضاء الفرنسى مستقرا على الأخذ بها ، وكذلك القضاء المصرى بالرغم من عدم وجود نص فى القانون الفرنسى او المصرى يقرر الأخذ بهذه القاعدة (انظر فى هذا القضاء - محمود جمال زكى - المرجع السابق ص ٢٧٧ - ٢٧٨) . (٣٦) وجدى راغب - المرجع السابق ص ١٢٢ ، مبادئ القضاء ص ٩٧ ، ٩٨ عبد المنعم الشرقاوى - المصلحة بند ٧٤ ص ٧٣ .

ولا يجوز الاستناد الى الاعمال التحضيرية لرفض الأخذ بهذه الفكرة لأن الاعمال التحضيرية ليست ملزمة كاصل عام ، كما لا يحول عدم النص فى القانون عليها دون الأخذ بها ، لأنها قاعدة أخلاقية تملئها قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى .

ولا نملك الا أن نؤيد رأى القائل بعدم قبول الدعاوى الملوثة ، بشرطين ، أولهما أن تكون العلاقة الأصلية منافية للآداب العامة ، فإن كانت مخالفة للقانون فيمكن الرجوع بشأنها للقواعد العامة فى مناطق البطلان (٣٧) ، وثانيهما أن يكون المدعى هو المتسبب فى الاتفاق الملوث بارادته ، فإن كان قد اضطر - تحت ضغط حاجة مشروعة - الى الدخول فى هذه العلاقة المنافية للآداب ، فلا يعد ملوثا وبالتالي تقبل دعواه فى هذا الخصوص لاسترداد ما اضطر الى دفعه ، مثل من اضطر الى دفع فوائد ربوية ، أو من اضطر الى دفع مبلغ « كخلو رجل » لاستئجار مكن له (٣٨) .

٣١٩ - (٣) المصالح الاقتصادية أو الأدبية البحتة :

إذا كانت الدعاوى غير المشروعة أو الملوثة لا تكون مقبولة لعدم قانونية المصلحة فيها ، فإن الدعاوى التى يكون لصاحبها فيها مجرد مصلحة اقتصادية أو أدبية بحتة ، لا تكون أيضا مقبولة ، لعدم قانونية هذه المصالح (٣٩) ، فالمرجع لا يحمى مثل هذه المصالح ، وعلى ذلك

(٣٧) أنظر فى هذا . وجدى راغب - الإشارة السابقة . حشمت

أبو ستيت - الالتزامات ١٩٤٤ ص ١٩٢ بند ٣٦٠ .

(٣٨) وجدى راغب - الإشارة السابقة . وهناك من خلس الى أن

« المدعى إذا رفع دعواه مستندا الى مصلحة مخالفة للقانون مطالباً بتنفيذ العقد المنافى للآداب أو للنظام العام فإن دعواه تكون غير مقبولة . أما إذا كان يطالب بالغاء العقد غير الشرعى أو استرداد ما دفع بدون وجه حق ، فيكون المدعى صاحب مصلحة مشروعة وعلى القضاء أن يقبل دعواه » عبد النعم الشرقاوى - نظرية المصلحة ص ٧٨ بند ٧٩ .

(٣٩) عبد النعم الشرقاوى - المصلحة فى الدعوى ص ٦١ وما بعدها

بند ٦١ وما بعده . رمزى سيف بند ٧٨ ص ١١٢ أبو الوفا - بند ١٠٣

ص ١٠٧ . وجدى راغب - ص ١٢٠ ، عبد الباسط جيمى - ص ٣١٦

موريل بند ٢٩ . نقض مبنى ١٩٨٨/١٢/٢٨ فى الطعن ٢٠١٥ لسنة ٥٤ ق

نقض ١٩٨٧/٦/١٤ فى الطعن ١٤٥٥ لسنة ٤٣ ق .

فلا تقبل دعوى التاجر بحل شركة تجارية منافسة له فى تجارته ، لبطلان وقع فى عقد تأسيسها ، وكذلك الدعوى التى يرفعها تاجر للمطالبة بتعويض له عند قتل عميل له كان يحقق من وراء تعامله معه ربحا ما . وكذلك الدعوى التى يرفعها من انقطعت عنه اعانة او نفقة كان يتلقاها من شخص توفى فى حادث ، بطلب الحكم له بتعويض على من تسبب فى الوفاة ، وذلك اذا كان المتوفى لم يكن ملتزما بهذه الاعانة او النفقة التى كان يدفعها للشخص الذى يرفع دعوى التعويض (٤٠) . كذلك لا تقبل دعوى العامل بزيادة أجره بسبب ارتفاع الاسعار (٤١) .

واذا كانت المصلحة الاقتصادية البحتة لا ترقى الى المصلحة القانونية التى تبرر قبول الدعوى للمطالبة بها فان المصلحة الأدبية البحتة ، لا تكون كافية لقبول الدعوى للمطالبة بها ، مثل الدعوى التى ترفعها فتاة لالزام حبيبها بالزواج منها نظرا لعمق العلاقات التى نشأت بينهما أثناء فترة الخطبة ، او الدعوى التى يرفعها المطلق ببطلان عقد زواج مطلقة بآخر (٤٢) .

٣٢٠ - (٤) الدعاوى الاستفهامية : Action interrogatoire

قد يعطى القانون شخصا معينا حق الخيار بين امرين خلال فترة محددة . فيقوم شخص آخر برفع دعوى على من له الخيار قبل انقضاء

(١٤٠) انظر فى مناقشة هذا الموضوع - عبد النعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى ص ٦٣ وما بعدها بند ٦٣ . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد اصدرت حكما فى اول يونيو سنة ١٨٩٨ قررت فيه « ان الأخت وان لم يكن لها حق قانونى فى النفقة عليها من أخيها المتوفى ، الا أن نظام حياتها جرى على هذا الأساس ؛ فوفاته سببت لها ضررا مؤكدا ومباشرا ، اذ حرمتها من المورد الوحيد الذى كانت تعتمد عليه فى حياتها ، ولولا هذا الحادث ما كانت تحرم من انفاقه عليها . . ولذلك يكون لها مصلحة قانونية فى دعوى التعويض عن الضرر الذى اصابها بسبب هذا الاعتداء » انظر الحكم فى عبد النعم الشرقاوى - ص ٦٥ بند ٦٤ .

(٤١) وجدى راغب . الاشارة السابقة .

(٤٢) نقض ١٩٨١/٢/١٧ ، س ٣٢ - ١٠٤ - ٥٤٤

المدة المحددة له ، يطلب منه تحديد اختياره فوراً ، أى قبل انقضاء المدة التى تركها المشرع له . مثال ذلك : ما يخوله القانون المدنى للقاصر الذى بلغ من الرشد حق اجازة العقد الذى أبرمه . أو التمسك ببطلانه خلال ثلاث سنوات من تاريخ بلوغه من الرشد . فيقوم المتعاقد مع القاصر برفع دعوى عليه بعد بلوغه من الرشد مباشرة يطلب منه تحديد موقفه من انعقد ، اما بالاجازة او بالبطلان . وتعرف هذه الدعوى بالدعوى الاستفهامية . فهل تقبل هذه الدعوى أم لا ؟ من غير المشكوك فيه أن المتعاقد مع القاصر له مصلحة فى هذه الدعوى ، وهى المصلحة فى الاستقرار بشأن مصير هذا العقد ، حتى يستطيع تدبير أموره وتصرفاته . على ضوء هذا الموقف . الا أن الرأى الراجح فقها وقضاء (٤٣) يجرى على عدم قبول هذه الدعوى لأنها تتضمن اعتداء على حق الشخص الذى له الخيار فى دراسة الموقف قبل اتخاذه خلال الفترة التى منحها له القانون . ويرجع عدم القبول فى هذه الحالة الى عدم قانونية المصلحة ، لأن القانون لا يخول المتعاقد مع القاصر حق الزام الاخير بالخيار فور بلوغه من الرشد مباشرة (٤٤) .

ثانياً - واقعية المصلحة

٣٢١ - المقصود بواقعية المصلحة :

لا يكفى أن تكون المصلحة قانونية ، بالمعنى المتقدم حتى تقبل للدعوى ، أى ينشأ الحق فيها ، وانما يلزم أيضاً أن تكون واقعية ، أى أن تكون بتعبير المشرع (قائمة) فإذا لم تكن المصلحة كذلك ، فلا تكفى

(٤٣) عبد النعم الشرنقوى - شرح المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٥٠ بند ٣١ ص ٥٠ . وانظر رسالته فى نظرية المصلحة فى الدعوى - ص ٢٣٨ وما بعدها . محمد حامد فهمى ص ٣٦٤ - احمد أبو الوفا بند ١١٢ وقابن احمد مسلم بند ٣٠٣ ص ٣٢٥ - ٣٢٦ : جلاسون وتيسيه ج ١ بند ١٨ جاربوتنيه ج ١ بند ٣٦١ .
(٤٤) وحدى راغب - ص ١٢٣ - قارن احمد مسلم بنسـد ٣٠٣ ص ٣٢٥ - ٣٢٦ .

لقبول الدعوى وإن كانت قانونية . والمقصود بالمصلحة القائمة أو الواقعية l'intérêt actuel (٤٥) بأنها الفائدة العملية التى تعود على المدعى من الحكم له بطلباته . فلا يكفى أن يتمسك المدعى بحق أو مركز قانونى ، وإنما لابد أن يكون هناك مبرر واقعى للحصول على حماية القضاء . ويديهى أن الفرد لا تقوم به الحاجة الى اللجوء الى القضاء اذا لم يكن قد تم الاعتداء على حقه او مركزه القانونى ، ولم يهدد بالاعتداء عليه ، وعلى ذلك فلا تظهر المصلحة الواقعية الا عند الاعتداء على الحق أو المركز القانونى - على فرض وجوده - أو التهديد بالاعتداء عليه . لأنه فى هذه اللحظة تنشأ له الحاجة الى الحماية القضائية ، طالما هو ممنوع من حماية حقه بنفسه ، لأنه اذا لم يلجأ الى القضاء بقصد الحصول على حمايته ، فان ضررا معيناً يلحق به وهذا هو المقصود بواقعية المصلحة .

l'interesse ad agire consiste in questo, che senza l'intervento degli organi giurisdizionali, l'attore soffrirebbe un danno (٤٦)

نخلص الى أن المصلحة الواقعية تتمثل فى الضرر الذى يقع على المدعى اذا لم يحصل على حكم من القضاء ، وأن من شأن هذا الحكم - بفرض صحة ما يدعيه المدعى - أن يزيل هذا الضرر . بمعنى أن تكون هناك فاعدة عملية تعود على المدعى من الحكم له بطلباته ، يكون محروما منها قبل الحكم ، ويتحقق القاضى من ذلك ببحثه - بافتراض صدق

-
- (٤٥) وجدى راغب - الخصومة ص ١٢٣ . ابراهيم سعد ص ١٥ .
بوليارد - بند ٣٤ ص ٣٢ . انظر فنسان وفيشار بند ٢٧ ص ٤٩ - ٥١ .
(٤٦) كيوفندا - مبادئ ص ١٥٥ . كوستا بند ٢٠ ص ٢٨ .
لبيمان - موجز بند ١٤ ص ٤١ - ٤٢ .

Luogo andrea, manuale di diritto processuale civile, Giuffré, 1960

p. 19. No 9.

وانظر دراسة موسعة فى المصلحة - اوجو روكو - مطوله ج ١ ص ٣١٨ - ٣٥٠ . وانظر ابراهيم سعد ص ١٥١ . وجدى راغب - ص ١٢٤ وما بعدها - فتحى والى ص ٧١ . عبد النعم الشرقاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى ص ١٢٥ بند ١١١

ما يدعيه المدعى من حيث الواقع والقانون - فى هل يؤدى الحكم للمدعى بطلباته الى تحقيق فائدة له أم لا ؟ فان تأكد القاضى من ذلك كانت الدعوى مقبولة وجديرة بأن ينظر فى موضوعها ، وإذا انتهى القاضى الى عدم وجود هذه الفائدة كانت الدعوى غير مقبولة لعدم واقعيته المصلحة (٤٧) .

على أنه لا يشترط أن يكون قد وقع اعتداء بالفعل على الحق أو المركز القانونى المدعى - على فرض وجوده - حتى تنشأ المصلحة الواقعية ، فقد توجد حتى قبل وقوع الاعتداء ، اذا كان هناك تهديد بالاعتداء على الفعل أو المركز القانونى ، فتنشأ المصلحة الحالة لازالة هذه الاضرار المحتملة . وفى ذلك تنص المادة ٣ مراقسات على أنه « لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » .

ويذهب الفقه التقليدى (٤٨) الى أن المصلحة التى تبرر قبول الدعوى هى المصلحة القائمة والحالة *l'intérêt né et actuel* أما المصلحة المحتملة فلا تبرر رفع الدعوى الى القضاء الا فى الحالات التى نص عليها المشرع .

(٤٧) وجدى راغب - مبادئ الخصومة - ص ١٢٤ - مبادئ القضاء ، ص ٩٨ - ٩٩ .

(٤٨) عبد الباسط جميعى - مبادئ ص ٣٢٠ وما بعدها . محمد وعبد الوهاب العشماوى - ج ١ ص ٥٧١ - ٥٧٢ بند ٤٤٨ عبد المنعم الشرفقارى - شرح بند ٢٨ ص ٣٩ وما بعدهما . أحمد أبو الوفا - المرافعات ط ١٢ ص ١١١ وما بعدها . أحمد مسلم - أصول - بند ٢٩٧ ص ٣١٩ . رمزي سيف ص ١٢٢ وما بعدها بندي ٨٧ و ٨٨ وما بعدهما . أحمد السيد سلاوى ص ٥٤ وما بعدها .

الا أننا لا نرى ما رآه الفقه التقليدى ، ونذهب مع من ذهب (٤٩) الى أنه يلزم لقبول الدعوى فى جميع الأحوال ، توافر المصلحة القائمة والحالة ، فالمصلحة تعنى الحاجة الى حماية القضاء ، فإذا لم تنشأ هذه الحاجة ، فلا ينشأ الحق فى الدعوى ، وبالتالي لا تقبل الدعوى . وليس هناك ما يمكن تسميته « بالمصلحة المحتملة » الواردة فى سياق نص المادة الثالثة ، فلاحتمال لا يرد على المصلحة ، وإنما يرد على احتمال وقوع الضرر . وعلى هذا فإن التعبير الوارد فى سياق النص « بالمصلحة المحتملة » تعبير غير دقيق . فالقضاء لا يعمل الا اذا كانت هناك حاجة فعلية وحالة للحصول على حمايته . ويمكن تفسير نص المادة الثالثة من قانون المرافعات بأنه يتعلق بنوعى الضرر الممكن حدوثهما . ضرر حال وهو الذى يتحقق بالاعتداء على الحق المدعى به ، وضرر محتمل النوقوع ، وهو الذى يتحقق بالتهديد بالاعتداء على الحق . ونبين فيما يلى صورتى الضرر كأساس لتحديد المصلحة الواقعية :

١ - الضرر الحال - الاعتداء على الحق

٣٢٢ - المقصود بالضرر الحال :

يقصد بالضرر الحال ، الاعتداء الفعلى على الحق أو المركز القانونى المدعى ، والذى ينتج عنه حرمان صاحب الحق من الانتفاع بمزايا حقه (٥٠) ، فهنا تنشأ له مصلحة قائمة وحالة فى ازالة هذا الاعتداء واصلاح الضرر الذى تم . أما اذا لم يقع اعتداء على الحق ، أى لم يقع الضرر ، فلا مصلحة فى رفع الدعوى الى القضاء ، وعلى ذلك

(٤٩) فتحى والى - قانون القضاء المدنى بند ٥٨ من ١٢٧ - الوسيط ص ٨٢ . ابراهيم سعد - ص ١٥٣ وجدى راغب - مبادئ الخصومة - ص ١٢٤ . عبد النعم الشيركاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى ، حيث يقرر أن المصلحة تتحقق ولو أن الضرر غير حال أو غير واقع فى الحال أو فى المستقبل ، إذ أن شرط المصلحة الحالية لم يعد له الاعتبار الذى كان له من قبل إذ توسع القضاء فى تفسيره من ١٢٦ (٥٠) فتحى والى - الوسيط - بند ٢٤ ص ٧١ ، وجسدى راغب ص ١٢٥ - ١٢٦ - مبادئ الخصومة .

فلا تقبل دعوى الدائن بدين غير مستحق الاداء قبل حلول الاجل ، وكذلك لا تقبل الدعوى للمطالبسة بحق معلق على شرط واقف ، لعدم وجود الحق أصلا قبل تحقق الشرط حتى يتصور ثمة اعتداء عليه .

٣٢٣ - الضرر الحال شرط لقبول دعوى الالتزام فحسب :

إذا كنا قد انتهينا الى ان الضرر الحال هو الذى ينتج عن الاعتداء الفعلى على الحق أو المركز القانونى ، والذى يترتب عليه حرمان صاحبه من الانتفاع بمزايا حقه ، الأمر الذى يستوجب تدخل القضاء لحمايته ، أى لازالة الاعتداء الذى تم واصلاح الضرر الذى نتج عنه ، عن طريق تطبيق جزاء القاعدة القانونية ، فيكون من الطبيعى ألا يشترط توافر هذا الشرط الا فى الدعوى التى يكون موضوعها تطبيق الجزاء القانونى ، بالزام المخالف للقانون بالكف عن الاعتداء وازالة ما ترتب عليه ، عن طريق الزامه باداء معين ، وهذه هى دعوى الالتزام . فالحكم الصادر فى هذه الدعوى يتميز بأن محله جزاء قانونى . وعلى ذلك فلا تقبل دعوى الالتزام الا اذا كانت تستند على اعتداء فعلى على الحق المدعى ، والذى يترتب عليه ضرر فعلى يلزم لرفعه حكم بالالتزام .

أما الدعاوى الأخرى ، التقريرية والمنشئة ، فلا يشترط لقبولها حصول ضرر حال بالحق أو المصلحة محل الادعاء ، أو وقوع اعتداء فعلى على الحق أو المركز القانونى (٥١) . ذلك لأن الدعوى التقريرية تعد ..

(٥١) وجدى راغب - الخصومة ص ١٢٧ - ١٢٨ . قارن فتحى والى . وإبراهيم سعد حيث يذكران ان الاعتداء على الحق يتخذ صوراً متعددة ، أو مظاهر مختلفة ، فقد يحدث ما يحرم المدعى من النافع الذى يحصل عليها من حقه ، فيتدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية . وقد يتخذ مجرد اثاره الشك حول وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى ، فيتدخل القضاء (بحكم تقريرى) لازالة الشك حول وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانونى . وقد يتخذ الاعتداء ثالثاً صورة تتطلب صدور قضاء يحدث تغييراً فى المركز القانونى القائم (دعوى منشئة) . فتحى والى - الوسيط ص ٧١ بند ٣٤ . إبراهيم سعد ص ١٥١ - ١٥٢ . وانظر نقد وجدى راغب فى هذا الصدد . الخصومة ص ١٢٧ هامش ٢٨ .

دعوى وقائية تستهدف منع الاعتداء على الحق ، وعلى ذلك فالشك حول وجود الحق أو عدم وجوده لا يعد اعتداء فعلياً على الحق ، منتجاً لضرر حال . وإنما مجرد تهديد بالاعتداء عليه . أما الدعوى المنشئة فهي تلك التي يكون موضوعها حقاً من الحقوق الارادية ، والتي يعترف بها المشرع للأفراد لاحداث تغيير معين بارادتهم المنفردة فى مركز من المراكز ، الا أنه فى حالات معينة يستلزم المشرع لاحداث هذا التغيير تدخل يحصل مقدماً من القضاء . مثل الحق فى الشفعة والحق فى فسخ العقد والتطبيق . الخ . وعلى ذلك فمجرد ادعاء الحق فى احداث التغيير ، يعد حرماناً للشخص من احداث هذا التغيير بارادته ولذلك يلزم تدخل القضاء لاحدائه ، وبالتالي تكون هناك مصلحة حالة وقائمة لاحداث التغيير ، وهى متوافرة دائماً فى هذه الحالات ، وبالتالي لا يلزم اثبات وقوع ضرر بالفعل أو اعتداء على الحق المدعى (٥٢) .

٣٢٤ - وقت تقدير توافر أو عدم توافر شروط الدعوى :

يثور الجدل الفقهي حل تحديد الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط حق الدعوى ، وعلى وجه الخصوص وقت حدوث الضرر المنتج للمصلحة فى رفع الدعوى . هل هو وقت رفعها الى القضاء أم وقت الحكم فيها ؟

- يذهب رأى فى الفقه (٥٣) الى القول بوجوب الاعتداد بوقت رفع الدعوى وليس بوقت الحكم فيها ، فاذا رفعت دعوى للمطالبة بحق غير حال الاداء ، ثم حل أجل الدين بعد ذلك وقبل الفصل فى الموضوع ، فعلى المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى فى هذه الحالة .

(٥٢) وجدى راغب - مبادئ القضاء ، ص ١٠٣ - كوستا بند

٢٠ ص ٢٨ .

(٥٣) احمد أبو الوفا - ص ١١٤ بند ١١١ ، يؤيده حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية صادر فى ١٨٩٧/٧/٢٢ . أشار اليه عبد النعم الشرقاوى رسالة ص ١٧٦

- بينما يذهب القضاء المصرى (٥٤) يؤيده فى ذلك جانب من الفقه الى القول بأن العبرة هى بوقت نظر الدعوى وليس وقت رفعها ، فلو استوفيت الدعوى شرائط قبولها بعد رفعها وقبل الحكم فيها ، كان على المحكمة أن تقضى فى موضوعها ، اذ لا يكون من العدل الحكم بعدم قبولها فى وقت يستطيع المدعى أن يرفع دعوى جديدة مقبولة (٥٥) . ولا يكون للمدعى عليه مصلحة فى اثارة الدفع بعدم القبول وذلك بعد حلول أجل الدين ، ومن المسلم به ان المصلحة هى أساس الدفع كما أنها أساس الدعوى (٥٦) .

وواقع الامر ان ما ذهب اليه القضاء المصرى جدير بالتأييد فى نظرنا لأن الدعوى هى حق الحصول على حكم فى الموضوع ، ومن ثم فشروط الدعوى هى شروط الحكم فى الموضوع وليست شروطا لرفع الدعوى ولذلك ينبغى توافرها وقت الفصل فى الموضوع لا وقت رفع الدعوى (٥٧) .

ب - الضرر المحتمل - التهديد بالاعتداء على الحق

٢٢٥ - المقصود بالضرر المحتمل :

يقصد بالضرر المحتمل ، الضرر الذى لم يقع بعد ، ولكنه قد يقع فى المستقبل ، وهو ما عبرت عنه المادة الثالثة من قانون المرافعات

(٥٤) نقض مدنى ١٩٦٧/٧/٢٥ س ١٨ ص ١٤٨٢ والأهم التى أشار اليها عبد النعم الشرقاوى ص ١٨٠ هلمش ٢ ، ٣
(٥٥) عبد النعم الشرقاوى - رسالة ص ١٧٩ بند ١٦٠ ، ص ١٨٠
بند ١٦١

(٥٦) عيد الباسط جيعى - مبادئ سنة ١٩٨٠ ص ٣٤٣ - ٣٤٤ .
(٥٧) وجدى راغب - ص ١٢٩ . كيونندا - مبادئ ص ٩٨ . نقض مدنى ١٩٧٣/١/٢٥ س ٢٤ ص ١٠٨ وقضت فيه بأن المدعى اذا اكتسب صفة أثناء نظر الدعوى ، فيزول العيب الذى شاب صفته ابتداء .
واذا تحققت شروط قبول الدعوى وقت رفعها ثم زالت هذه الشروط وقت الحكم فيها تعين على القضاء الفصل بعدم قبولها (عبد النعم الشرقاوى - رسالة ص ٤٠٨ بند ٣٧٤ - ٣٧٥ : وجدى راغب - ص ١٢٩ - ١٣٠ - عكس ذلك احمد أبو الوفا - ص ١١٨ هامش (١)) .

بالضرر المحقق . وهذا يفترض أن الحق أو المركز القانوني لم يقع عليه اعتداء بُغْد ، ولما كان الأمر كذلك ، أى أن اعتداء لم يقع بالفعل على الحق ، فمن المنطقي ألا تكون هناك مصلحة قائمة وحالة تبرر الالتجاء الى القضاء لدفع هذا العدوان ، ولكن اذا حدثت وقائع معينة من شأنها التهديد بالاعتداء على الحق ، ويكون من شأن هذه الوقائع أن تؤدي الى احداث الضرر فى المستقبل ، أفلا يكون للمدعى فى هذه الحالة مصلحة فى الوقاية من هذا الضرر المحقق ؟ يجيب الفقه التقليدى (٥٨) على هذا التساؤل بأن المصلحة التى تبرر رفع الدعوى الى القضاء هى تلك المصلحة الحالية القائمة ، وهى ما تنشأ عن الاعتداء الفعلى على الحق . أما الحالة التى نحن بصددنا فالأصل أنه ليس للمدعى أن يرفع دعوى للوقاية من هذا الضرر المحتمل ، لانتفاء المصلحة الواقعية والحالة ، الا فى الحالات التى ينص القانون عليها استثناء من هذا الأصل . فوظيفة القضاء فى رأيهم مجرد وظيفة علاجية ، فلا يتدخل القضاء قبل الاعتداء الحق لمنعه ، لأن ذلك يتجاوز وظيفة القضاء (٥٩) ، لأن ذلك يدخل فى مهمة رجال الأمن (٦٠) .

الا أن الفقه الحديث (٦١) ، لا يحصر وظيفة القضاء فى هذه الوظيفة العلاجية ، وإنما تتعدى ذلك الى الوقاية من الأضرار التى يمكن أن تلحق بالنظام القانوني ، فتدخل القضاء للوقاية من الأضرار المحدقة ،

(٥٨) انظر ما سبق بند ٢٨ . وعبد الباسط جيمعى - ص ٢٢١ وما بعدها . محمد وعبد الوهاب المشماوى ج ١ ص ٥٧١ - ٥٧٢ أبو الوفا ص ١١١ وما بعدها . أحمد مسلم بند ٢٩٧ . رمزي سيف ص ١٢٢ . أحمد السبد ص ٥٤ .

(٥٩) انظر فى عرض هذا الراى حمدي عبد الرحمن فى رسالته - *Les actions préventives*, Thèse, paris, 1968. الدعوى الوقائية منشورة فى مجلة المعلوم القانونية والاقتصادية . العدد الأول السنة ١٤ ص ١٤ .

(٦٠) عبد الباسط جيمعى - مبادئ ص ٣٣١ (٦١) وجدى راغب - الخصومة ص ١٣٠ ومقال له بمجلة المعلوم القانونية والاقتصادية ص ١٥ بعنوان « نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى تانون المرافعات » ص ٢١٧ وما يليها .

أولى من تبخله لاصلاحها أو علاجها . خاصة أنه في حالة الضرر المحتمل تنشأ الحاجة للحصول على الحماية القضائية ، وهذه البساجة هي مصلحة قائمة وحالة ، وليست مصلحة محتملة ، وعلى ذلك فمن قامت به الحاجة الى الاستقرار ، لوقايته من الأضرار المحتملة ، من الأخطار التي تتهدد حقه أو مركزه القانوني ، تكون له مصلحة حالة وقائمة في الوقاية منها ، وله أن يلجأ الى القضاء في كل حالة تقوم به هذه الحاجة . ومن هنا ظهرت الدعاوى الوقائية *les actions préventives* (٦٢) ، وأصبحت ظاهرة تستعصى على الإنكار ، وتكون هذه الدعاوى مقبولة متى قامت الحاجة الى رفعها ، حتى ولو في غير الحالات التي ينص عليها القانون ، وهذا ما أكدته المادة الثالثة حين قالت « .. ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط . لدفع ضرر محقق ، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » . وحسم المشرع بذلك الخلاف القائم حول قبول أو عدم قبول الدعاوى الوقائية . وفي ضوء ذلك فليس صحيحا ما يردده الفقه التقليدي ويصر عليه من أن القاعدة في قبول الدعوى هو وقوع ضرر حال ، ولا تقبل الدعاوى الوقائية الا استثناء في الحالات التي يحددها المشرع . لأن الأمر لا يتعلق بقاعدة واستثناءات عليها (٦٣) .

ويمكن تصنيف الدعاوى الوقائية في طائفتين هما : دعاوى الغرض منها الاحتياط . لدفع ضرر محقق (وهذه هي الدعاوى الوقائية العامة) ، ودعاوى يكون الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، (وهذه هي دعاوى الأجلة) ، ونذكر في عجلة تطبيقات الدعاوى الوقائية في صورتها في نظامنا .

٢٢٦ - أولا - الدعاوى الوقائية العامة :

وتهدف هذه الدعاوى الى الوقاية من ضرر محقق ، أي وشيك الوقوع ، وعليه فلا بد أن تستند لقبولها الى خطر داهم أي عاجل ، والذي

(٦٢) أنظر في تفاصيل هذه الدعاوى . جدي عبد الرحمن - الرسالة
المبارك فيها - سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٣٠ ص ٢٠٦ - ٢٠٧
(٦٣) جدي راغب - الخصومة ص ١٣٢

يمكن وقوعه فى أية لحظة نظرا لأسبابه القائمة بالفعل . ومن أمثلة هذه الدعاوى الوقائية ما يلى :

٣٢٧ - الدعوى التقريرية : Azione di mero accertamento

وهى الدعوى التى يكون موضوعها المطالبة بتأكيد وجود أو نفى حق أو مركز قانونى ، ويصدر فى هذه الدعوى حكما تقريريا (٦٤) مزيلا الشك القائم حول وجود أو عدم وجود هذا الحق أو المركز القانونى ، دون إلزام المحكوم عليه بإداء معين ، ودون أحداث أى تغيير فى الحق أو المركز القانونى المدعى . من أمثلة هذه الدعوى ، تلك التى يرفعها شخص لاثبات براءة ذمته ضد من يشكك فى براءتها ، والدعوى التى يرفعها وارث لاثبات صفته كوارث للمتوفى ضد من يشكك فيها ، ودعوى اثبات النسب ، وتلك التى ترفع بتقرير وجود أو نفى حق من الحقوق العينية ، أو تأكيد صمة أو بطلان تصرف من التصرفات .

وإذا كان القانون المصرى ، شأنه فى ذلك شأن القانون الايطالى ، لم يتضمن نصا عاما يقرر صراحة قبول هذه الدعوى ، فليس معنى ذلك أنها ليست مقبولة فى قانوننا . إذ قد غدا امر قبولها مسألة تستعصى على الانكار (٦٥) ، استنادا لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، لأنها تعالج عارضا من عوارض النظام القانونى وهو تجهيل المراكز القانونية ، مزيلة هذا التجهيل . فالمصلحة التى تبرر قبولها تعد مصلحة حالة وقائمة تتمثل فى الوفاية من الضرر المحدث بالحق أو المركز القانونى والذى ينتج عن الشك الذى قام بالفعل حوله ، فالليقين القانونى الذى يحققه

(٦٤) انظر فى التطور التاريخى لهذه الدعوى . كيوفندا - نظم ج ١ بند ٥٩ ص ١٦٢ وما بعدها ، فتحى والى - الوسيط ص ١٣٣ وما بعدها لييمان موجز ص ٦٢ - ٦٣ . زانزوكى ج ١ بند ١٠ ص ١٣٤ . كويسنتا بند ٢٦ ص ٣٦ - ٣٩ . وجدى راغب مذكرات فى مبادئ القضاء المدنى ص ٥٤ سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٢٢ .

(٦٥) وجدى راغب - رسالة ص ٣٥٥ . فتحى والى ص ١٣٥ . كيوفندا نظم ج ١ بند ٥٩ كوستا - الاشارة السابقة ، سوليس وبيرو بند ٢٣٣ ، جدى عبد الرحمن - رسالة . مجلة العلوم ص ١٤ ص ٩٤ - ٩٥ . عبد النعم الشرقاوى رسالة ص ٢٠٢ بند ١٨٥ ابراهيم سعد ص ١٥٧ .

الحكم التقريري يؤدي الى احجام الافراد عن الاعتداء على الحق الذي يقرر وجوده .

ولكن يشترط لقبول الدعوى فى هذه الحالة أن يكون الشك الذى فام حول الحق أو المركز القانونى شك جدى ، تدل عليه مظاهر ملموسة خارجية ، فلا يكفى لقبولها مجرد الحالة النفسية التى تقوم بالمدعى ذاته تجعله يشك فى حقه أو مركزه القانونى (٦٦) .

٣٢٨ - (٢) الدعاوى الوقتية :

عرفنا أن وظيفة القضاء (٦٧) انما تتمثل فى حماية النظام القانونى من الأخطار التى تتهدده ، من العوارض التى تعترض نفاذه التلقائى ، ويتعدد هذه العوارض تتعدد صور الحماية القضائية (٦٨) . ومن بين هذه الصور الحماية الوقتية ، التى تتم عن طريق الدعاوى الوقتية التى يعترف القانون بوجودها ، ويحدد شروط واجراءات مباشرتها ، ويتمثل موضوع هذه الدعاوى فى مجرد اتخاذ تدابير وقتية ، أو اجسراءات تحفظية ، وذلك وقاية من خطر التأخير ، فى الحصول على الحماية النهائية ، لما تتطلبه من وقت قد يطول ، واذا كان الحق المطلوب حمايته مهدد بخطر محقق (٦٩) .

وما يهمنا فى هذا المقام هو التأكيد على أن هذه الدعاوى الوقتية تعد صورة من صور الدعاوى الوقائية ، لأنها تستهدف منع وقوع الضرر النهائى الذى يتهدد الحق أو المصلحة ، وذلك بقصد الوصول الى الحماية

(٦٦) سوليس وبيرو - بند ٢٢٢ . عبد النعم الشرقاوى ص ٢١٦
بند ١٩٩ . وجدى راغب - مبادئ الخصومة - ص ١٣٦ .
(٦٧) أنظر ما سبق بند ٣٩ ص ٨٠ وما بعدهما من هذا المؤلف .
(٦٨) أنظر بند ٤٨ ص ٩٥ وما بعدهما من هذا المؤلف .
(٦٩) أنظر ما سبق ص ١٠٤ بند ٥٥ وما بعدهما من هذا المؤلف .
امينة النمن - مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة رسالة
ط ١٩٧٤ . وجدى راغب نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات

النهائية لهذا الحق أو المركز القانوني . ولذلك نجد أن الدعوى الوقتية لا تقوم إلا إذا توافر شرط الاستعجال وهو الذى يتمثل فى خطر التأخير أى خطر فوات الحماية الموضوعية للحق أو المركز القانوني .

٣٢٩ - (٣) دعوى وقف الأعمال الجديدة :

la dénonciation de nouvel e oeuvre

إذا كان القانون كاصل عام لا يحمى إلا الحقوق والمراكز القانونية ، فإن هذا لا يمنعه من أن يقرر حماية قانونية ، أو مراكز مادية بحتة حتى ولو لم تكن مستندة على حق معين . وهذا ما فعله المشرع المصرى - أسوة بمختلف التشريعات المعاصرة - بالنسبة للحيازة ، فقرر حماية الحيازة لذاتها عن طريق دعاوى معينة ، هى ما اصطلح عليها « دعاوى الحيازة Actions possessoires » . ومن بين الدعاوى التى اعترف بها المشرع لحماية الحيازة دعوى وقف الأعمال الجديدة . توصف لوقوف عمل بدئى فيه ، قبل اكتماله ، لأنه لم تم العمل الذى بدئى فيه لاعتبر تعرضا لحيازة شخص آخر ، أى اعتداء فعلى على هذه الحيازة . لذلك خول المشرع حائز العقار رفع هذه الدعوى لوقف العمل الجديد ضد من شرع فيه ، وذلك للوقاية من الضرر المحدق الذى يلحق بالحيازة لو تم العمل . وتعد هذه الدعوى لذلك من الدعاوى الوقائية لأن الغرض منها - كما هو واضح - دفع ضرر محقق لا لازالة ضرر حال . لأن الغرض فى هذه الدعوى أن العمل الذى شرع فيه وقع فى حيازة المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة . فلو كان العمل واقعا على حيازة المدعى ، لاعتبر ذلك اعتداء فعليا على الحيازة ، حتى ولو كان العمل لم يكتمل .

^{١١} - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية سنة ١٩٧٣ - ص ٢٤٥ وما بعدها .
Allorio E., per una nozione de lprocesso cautelare, in Riv. Dir. proc. civ. 1936, I p. 18.

Cezar - Bru, Hébreand, Seignolle et Odul , :
juridiction de président du Tribunal, T.I, Des Réfères 1978.

وتستند هذه الدعوى فى قبولها (٧٠) الى نص المادة ٩٦٢ من القانون المدنى الذى نظمها ، وكذلك نص المادة الثالثة من قانون المرافعات على اعتبار أنها من الدعاوى التى تهدف الى دفع ضرر محقق .

٣٣٠ - (٤) دعوى قطع النزاع : Action provocatoire

تتمثل هذه الدعوى فى أن شخصا يثير مزاعم معينة ضد شخص آخر ، مدعيا حقا له فى ذمته مثلا . فيقوم هذا الأخير برفع دعوى مختصما فيها من مثير هذه المزاعم لاثباتها أمام القضاء ، فان فشل فى ذلك يحكم عليه القاضى بالكف عن هذه المزاعم ، وعدم أحقيته فيما يزعم وعليه أن يلتزم الصمت على ما يدعيه (٧١) .

وقد اثارت مسألة قبول هذه الدعوى جدلا كبيرا فى الفقه والقضاء ، نظرا لعدم تنظيم المشرع لهذه الدعوى سواء فى فرنسا أو مصر (٧٢) . فذهب البعض (٧٣) الى عدم قبول هذه الدعوى على

(٧٠) انظر فى الراى الذى انكر وجود هذه الدعوى ، والرد عليه . عبد المنعم الشرقاوى - بند ١٤٩ - ١٥٠ ص ١٦٧ - ١٦٩ .
(٧١) انظر فى تعريف هذه الدعوى وخصائصها والخلاف حول قبولها ، عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٢١٦ - ٢٣٧ - بند ١٩٩ - ٢٢٥ .
عبد الباسط جبيعى - مبادئ ص ٣٣٤ . وحدى راغب - الخصومة ص ١٣٦ رمزى سيف ص ١٢٥ وما بعدها بند ٨٩ . ابراهيم سعد ص ١٥٨ بند ٥٩ . سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٣٣ ص ٢٠٩ - ٢١١ . كيوفندا - ج ١ بند ٦٠ ص ١٨٢ - ١٨٦ . كوستا - ص ٣٧ بند ٢٦ .
(٧٢) وان كان قد ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصرى القديم ، ما يقطع فى قبول هذه الدعوى متى كان الغرض منها وقف مسلك تهديدى يترتب عليه الاضرار بمركز الشخص أو سمعته بشرط ألا تكون هذه الاضرار أو تلك المزاعم مجرد ترخصات فارغة .. « انظر المذكرة الايضاحية لهذا القانون » .

(٧٣) فتضى والى - الوسيط - ص ١٣٤ ، ويقرر أنها دعوى غير طبيعية لا يعرف فيها من المدعى ومن المدعى عليه ومن الذى يتبع عليه عبء الاثبات ، وهل ترفع أمام محكمة المدعى أم المدعى عليه - ص ١٣٤ . انظر فى الانتقادات الموجهة الى قبول هذه الدعوى . عبد المنعم الشرقاوى .

أساس أن فى قبولها ما يتعارض وحرية الافراد فى الالتجاء الى القضاء ، لأن قبول هذه الدعوى من شأنه أجبار الزاعم الى المطالبة بما يزعمه واثباته أمام القضاء فى وقت قد لا يكون مناسباً بالنسبة له ، لم يكن فيه قد أعد أدلته . خاصة وقد خلصنا الى أن هناك اجماعاً يكاد أن يكتمل على أن الدعوى حق للفرد وليست واجبا عليه . ومن ناحية أخرى فإن قبول هذه الدعوى من شأنه قلب القواعد العامة فى الاثبات ، لأنها تنقل عبء الاثبات الى المدعى عليه الزاعم ، بدلا من أن تكون على عاتق المدعى وفقا للقواعد العامة .

وفقه الاسلام عدا المالكية على عدم قبول هذه الدعوى ، ويعبر الحنابلة عنها « بالدعوى المقلوبة » وهى لا تسمع لذلك ، مع مراعاة أن فقهاء الاسلام على قبول دعوى منع التعرض ، فتدخل دعوى قطع النزاع فى مفهومها اذا بلغت المزايع حدا من شأنه الاضرار بالمدعى (٧٤) .

ومن الفقهاء (٧٥) من أقر بوجود هذه الدعوى وقبولها ، لأن فى قبولها احترام للقواعد المستقرة فى القوانين القديمة ، فضلا عن تمشيتها

رسالة ص ٢٣٥ وما بعدها . سوليس وبيرو ج ١ ص ٢٠٩ بند ٢٣٢ .
كيوفندا - نظم ج ١ بند ٦٠ ص ١٨٢ - ١٨٦ . مبادئ ص ٣٣٥ وما بعدها .
وقارن أحمد مسلم الذى ينكر عليها وصف الدعوى ويعتبرها مجرد « دعوة
الى الادعاء قضاء » اصول ص ٢٢٧ .

(٧٤) أنظر مؤلفنا - اجراءات التقاضى والتنفيذ ، مشار اليه ، ص ٢٧
وهامش ٣٨ .

(٧٥) عبد النعم الشرقاوى . رسالة - ص ٢٢٩ - ٢٣٠ بند ٢١٩ .
رمزى سيف - بند ٨٩ ص ١٢٥ - ١٢٦ أحمد أبو الوزا بند ١١١ ص ١١٢
وانظر فى تأييد هذا الراى - وجدى راغب - الخصومة ص ١٣٨ - ١٣٩ .
ويذهب الى أن ما يؤيد هذه الدعوى ما ورد بالملزمة التفهيمية للقانون القديم ، وكذلك نص المادة ٣ مرافعات والتى تقرر قبول الدعوى متى كان الغرض منها دفع ضرر محقق . كما أن هذه الدعوى لا تتضمن مخالفة لتواعد العامة التى تقرر حرية التقاضى أمام القضاء كما أنها لا تخالف قواعد الاثبات ، فالاثبات يكون على من يدعى خلاف الظاهر .

مع مبادئ العدل وقواعد القانون الطبيعى ، والتي تأبى أن تترك من يتعرض لأقاويل وإشاعات ، دون وسيلة يكذب بها هذه الأقاويل وتلك الإشاعات ، ولكنهم يشترطون لقبول الدعوى أن تكون المزاعم التى أثيرت حول شخص معين ، حول مركزه أو سمعته ، أن تكون مزاعم جدية وليست مجرد تخريصات فارغة ، بمعنى أن تتم هذه المزاعم بطريقة علنية وأن يكون من شأنها الإضرار بسمعة الشخص أو مركزه .

ومن الفقهاء من يذهب (٧٦) الى أن هذه الدعوى فى حقيقتها دعوى تفريية ، وهذا صحيح لأن دعوى قطع النزاع انما تستهدف الحصول على تقرير قضائى بوجود حق للمزاعم (ان استطاع اثباته) أو بنفى هذا الحق (ان أخفق فى ذلك) . وهو فى الحالتين يعد حكما تقريريا بحثا مزيلا للشك الذى تمام حول مركز المزعوم ضده . وهو حكم تقريرى لا يقبل التنفيذ الجبرى لأنه لا يلزم المزاعم بشئ يقبل التنفيذ الجبرى ، وانما يلزمه فحسب (ان أخفق فى اثبات مزاعمه) بالكف عن هذه المزاعم . وهى لذلك تكون مقبولة وفقا للمادة ٣ مرافعات لأن الغرض منها دفع ضرر محقق ، الوقاية من الضرر المحتمل الذى قد يلحق بالمدعى فى هذه الدعوى من تلك المزاعم التى تثار ضده من المدعى عليه المزاعم . وإذا كان على المدعى عليه فى هذه الدعوى اثبات مزاعمه ، فلا يعتبر ذلك قلبا لقواعد الاثبات وانما تأكيد لها ، لأن القاعدة فى الاثبات هى أن عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل ، أى خلاف الظاهر ، ومدعى خلاف الأصل هنا هو المزاعم وليس المزعوم ضده (٧٧) .

٣٢٠

(٧٦) فتحى والى . الوسيط - ص ١٣٥ . إبراهيم سعد - ص ١٥٩ .
سوليس وبيرو ج ١ ص ٢٠٩ بند ٢٣٢ . وجدى راغب . الخصومة ص ١٣٩
تارن أحمد مسلم الذى ينكر اعتسار قطع النزاع دعوى بالمعنى
بالعروف . وانما مجرد دعوة الى الادعاء قضاء . يستهدف الشخص بهسا
درء الشبهات عن حقوقه أو تدعيمها ، فتعد من هذه الزاوية مقبولة للاحتياط
لدفع ضرر محقق بالتدرى اللازم لهذا الاحتياط . والا فالامر متوقف على مدى
الاستجابة لتلك الدعوى . فإذا قبل المدعى عليه أن يدعى قضاء ما ادعاه خارج
مجلس القضاء تحقق المعنى العادى للدعوى . ص ٣٢٧ بند ٣٠٤ .
(٧٧) وجدى راغب . الخصومة ص ١٣٩ .

٣٣١- (٥) دعوى الالتزام فى المستقبل :

عرضنا فيما سبق أن المطالبة بحق لم يحل أجل الوفاء به ، مطالبة غير مقبولة قضاء ، لانعدام المصلحة ، نظرا لعدم وجود اعتداء على الحق ، وإذا كانت هذه هي القاعدة ، فإن القضاء يجرى على قبول دعوى المطالبة بدين لم يحل أجل الوفاء به ، وذلك اذا وجدت ظواهر خارجية تؤدي الى احتمال الاعتداء على الحق ، فيكون أساس المطالبة هنا هو الاحتياط لدفع ضرر محقق . ويكون ذلك فى حالة المطالبة باقساط حالة وأخرى مؤجلة . وكذلك حالة المطالبة بالاجرة المتأخرة وما يستجد منها . ومن الفقهاء من يؤيد مسلك القضاء (٧٨) فى هذا الصدد ، على أساس الضرر المحتمل ، أى الاحتياط لدفع ضرر محقق . ومن الفقهاء (٧٩) من ذهب الى عدم جواز الزام المستاجر بدفع ما يستجد من الاجرة بعد صدور الحكم ، وكل ما للمحكمة فى هذا الخصوص هو الحكم بالاجرة التى حلت أجالها أثناء سير الدعوى وحتى تاريخ الحكم .

والحقيقة أن من أنكر على المحكمة حقها فى الزام المستاجر بدفع ما يستجد من الاجرة بعد صدور الحكم ، انما أنكر كلية قبول دعوى الالتزام فى المستقبل ، اذ ان الحكم بما يستجد من اجرة حتى صدور الحكم ، لا يعتبر حكما صادرا فى دعوى الزام فى المستقبل ، اذ يكون صادرا فى دعوى الزام عادية تطبيقا للقواعد العامة ووفقا للمصلحة الحالة والقائمة الناتجة عن الاعتداء الفعلى على الحق . لأن شروط قبول الدعوى كما رأينا هى شروط للحكم فى الموضوع ، ومن ثم يجب توافرها وقت الحكم وليس بلازم أن تتوافر وقت رفع الدعوى (٨٠) . أما دعوى الالتزام فى المستقبل فيقصد بها تلك الدعوى التى تستهدف الحصول على حكم بالالتزام بالدين قبل حلول أجل الوفاء به .

- (٧٨) رمزي سيف بند ٩٣ - ص ١٣١ أحمد مسلم ص ٣٢٤ - ٣٢٥ .
 محمد حامد فهمى ص ٣٦٢ هامش ٣ . إبراهيم سعد ص ١٦٤ عبد النعم
 المشرقاوى - رسالة ص ١٥٨ وما بعدها . فتحى والى بند ٨٠ ص ١٤٩ -
 الوسيط هامش (٢) كيوفندا - مبادئ ص ١٦٤ . كوستا ص ٣٥ - بند ٢٤
 (٧٩) عبد الباسط جيمعى - مبادئ ص ٣٤٥ .
 (٨٠) انظر وجدى راغب - ص ١٤١ .

وانما نؤيد الرأي الغالب فى تاييده لمسلك القضاء من قبول دعوى الالتزام بالنسبة للمستقبل ، اذا قام بالدعى ما يدعوه الى الالتجاء الى القضاء . بمعنى أن يكون هناك تهديد بالاعتداء على حقه ، الأمر الذى قد يسبب له ضرراً معيناً . ويتحقق ذلك من مسلك المدعى عليه الذى أخل بتنفيذ التزامات سابقة عليه ، وفى هذا تقبل دعوى الالتزام استناداً الى نص المادة ٣ مرافعات للاحتياط لدفع ضرر محقق ، خاصة أن الحكم الذى يصدر بالنسبة للمستقبل لا يكون - قبل حلول أجل الدين - سنداً تنفيذياً يمكن التنفيذ بمقتضاه (٨١) .

٣٣٢ - ثانياً - دعاوى الأدلة :

تمثل دعاوى الأدلة الطائفة الثانية من الدعاوى الوقائية ، وقد نصت المادة ٣ مرافعات على قبول هذه الدعاوى ، بقولها « ومنع ذلك تكفى المصلحة المحتملة ... اذا كان الغرض من الطلب الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » - كما تكشف قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بتنظيم هذه الدعاوى فى المواد ٤٥ ، ٥٩ ، ٩٦ ، ١٢٣ منه .

وتهدف دعاوى الأدلة لا لتأكيد حق أو مركز قانونى أو نفيه ، وانما مجرد اقامة الدليل أو المحافظة عليه أو هدم دليل معين . وإذا ما كان الأصل أن يقوم الخصوم لإثبات حقوقهم ، أو هدم ما يقدمه الخصم الآخر من أدلة ، أمام محكمة الموضوع عند رفع الأمر إليها ، فانه أحياناً قد تقوم ظروف معينة تبرر الفصل بين مسألة الدليل والحق الذى يدل عليه قبل رفع الدعوى الموضوعية . وذلك اذا كان من شأن هذه الظروف أن تهدد الخصم بضرر محتمل يتمثل فى انكار حق المدعى عند نظر دعوى الحق ، ومن هنا ينشأ للمدعى مصلحة حالة وقائية فى الوقاية من هذا الضرر المحتمل ، لرفع دعوى الدليل اما لإثباته أو هدم دليل قد يقدم

(٨١) وجدى راغب الإشارة السابقة - فتحي والى - الإشارة السابقة .
رمزى سيف بند ٩٣ ، عبد النعم الشرقاوى الإشارة السابقة .

ضده بعد ذلك . وهذه المصلحة الحالة هي ما يعبر عنها الفقه بالمصلحة
في الاستقرار (٨٢) .

ومن دعاوى الأدلة ما يدخل في عداد الدعاوى الوقتية مثل دعوى
سماع الشاهد ، وإثبات الحالة ، ومنها ما يدخل في عداد الدعاوى
الموضوعية مثل دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ودعوى التزوير الأصلية
ونشير فيما يلي الى هذه الدعاوى :

(أ) دعوى سماع الشاهد :

نصت المادة ٩٦ أثبات على أنه « يجوز لمن يخشى فوات فرصة
الاستشهاد بشاهد معين على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل
عرضه عليه ، أن يطلب في مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد ، ويقدم
هذا الطلب بالطرق المعتادة الى قاضى الأمور المستعجلة . » يتضح من
النص المتقدم أن المشرع قد أجاز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد
معين ، لسفره الى بلد بعيد أو لمرضه بمرض تخشى معه وفاته ، أن يرفع
دعوى وقتية لسماع هذا الشاهد لكي يستند اليها فى دعواه الموضوعية
بعد ذلك ويشترط لقبول هذه الدعوى ، أن تكون الواقعة محل الشهادة
لم تعرض بعد على القضاء ، وأن تكون مما يجوز اثباتها بالشهادة فضلا
عن الخشية من فوات فرصة الاستشهاد (٨٣) .

(ب) دعوى اثبات الحالة :

تنص المادة ١٣٣ أثبات على أنه « يجوز لمن يخشى ضياع معالم
واقعة معينة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء - أن يطلب فى
مواجهة ذوى الشأن وبالطريقة المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال

(٨٢) وجدى راغب - الخصومة - ص ١٤٢ .

(٨٣) أنظر محمود هاشم ، القضاء ونظام الإثبات - الرياض ١٩٨٨

ص ٣٠٥ ، بند ١٠٦ - راتب - كامل - راتب - ط ١٩٨٥ ، ص ٣٥٧ ،
بند ١٩٤ .

للمعاينة أو ندب خبير للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين »
يتضح أن دعوى اثبات الحالة لا تقبل إلا إذا كانت الواقعة المراد اثباتها
مما يحتمل أن تكون محل نزاع أمام القضاء ، وأن يخشى ضياع معالمها ،
إذا انتظر الخصم حتى يقيم دعواه الموضوعية عنها . ومثالها دعوى اثبات
حالة أرض زراعية تم اغراقها بالمياه من قبل الجار تمهيدا لرفع دعوى
التعويض (٨٤) .

(ج) دعوى تحقيق الخطوط الأصلية :

نظام قانون الاثبات فى المواد ٤٥ - ٤٨ منه هذه الدعوى ، محصلها
أنه يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم - بدعوى أصلية
بالاجراءات المعتادة - من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو
بامضائه أو بختمه أو ببصمة اصبعه ، وله ذلك ولو كان الالتزام الوارد به
غير مستحق الاداء (٨٥) .

ويعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه ما لم ينكر ذلك صراحة
(م ١٤ اثبات) . وإذا ما كان الأمر كذلك ، فإن حامل المحرر العرفى
يظل مهددا بانكار الخصم الصادر عنه المحرر له ، ولم يشأ المشرع أن يلزم
حامل المحرر بالانتظار حتى يتبين موقف الخصم عند المطالبة بالحق
موضوع المحرر عند استحقاقه ، وإنما أجاز له ، أن يختصم - بدعوى
أصلية - قبل ذلك من يشهد عليه المحرر للاقرار به . وتعد هذه الدعوى
دعوى موضوعية الهدف منها المحافظة على دليل قائم ، عن طريق تأكيد
حق المدعى فى الاثبات بالمحرر الذى يحمله ، فالحكم بثبوت صحة
التوقيع على الورقة العرفية يجعل من الورقة ذاتها دليلا كاملا على
صدورها ممن وقعها ، ويعتبر ذلك حجة عليه ، سواء كان محتوى الورقة

(٨٤) انظر محمود هاشم - المرجع السابق ، بند ١٢٠ ، ص ٢٢٢ ،
راتب - كامل - راتب - ص ٣٣٣ وما بعدها .
(٨٥) المرجع السابق ، بند ٨٠ ص ٢٥٩ وما بعدها .

بخطه أم بخط غيره (٨٦) . وهي دعوى وقائية تستهدف الوقاية من خطر انكار الخصم للمحرر الصادر عنه (٨٧) . وتحكم المحكمة بصحة المحرر اذا حضر المدعى عليه وأقر بصحته أو سكت ولم ينكره أو ينسبه الى غيره أو لم يحضر الجلسة (م ٤٦ - ٤٧) ، أما اذا حضر المدعى عليه وأنكر صحة المحرر فتأمر المحكمة بالتحقيق طبقا للقواعد القانونية (م ٤٨) .

(د) دعوى التزوير الأصلية :

وهذه الدعوى على عكس الدعاوى المتقدمة ، لأن الغرض منها هدم دليل يتعارض مع الحق قبل أن يحتج به على الشخص . أما الدعاوى السابقة فكان الهدف منها اما اقامة الدليل أو المحافظة عليه .

وتنص المادة ٥٩ من قانون الاثبات أنه « يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده هذا المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة » . فاذا علم شخص بأن لدى شخص آخر محرر مزور ، عرفى أو رسمى ، ويخشى أن يحتج به عليه ، فيكون له اما الانتظار حتى يحتج عليه بالمحرر ، ويكون له فى هذه الحالة أن يدفع بتزوير المحرر ، وتأمر المحكمة بالتحقيق متى توافرت شرائط دعوى التزوير الفرعية ، واما أن يرفع - بناء على نص المادة ٥٩ اثبات - دعوى أصلية بتزوير المحرر قبل الاحتجاج عليه فتاديا للرجوع عليه به .

وتعد دعوى التزوير الأصلية هذه دعوى موضوعية تقريرية (٨٨) تستهدف نفى حق المدعى عليه فى الاثبات بالمحرر ، وهى فى ذات الوقت

(٨٦) نقض ١٩٨٦/٣/٢٦ فى الطعن ٥٤٠ لسنة ٥٢ ق .

(٨٧) أنظر كوستا - بند ٢٤٥ ص ٣١٨ . كيوفندا - مبادئ ص ١٧٠ سوليس وبيرو ج ١ ص ٢٠٦ بند ٢٣٠ وانظر فى هذه الدعوى والخلاف الذى ثار حول قبولها . عبد المنعم الشرقاوى - رسالة ص ٢٤٩ وما بعدها .
(٨٨) كيوفندا - الاشارة السابقة . كوستا بند ٢٤١ ص ٣١٤ - ٣١٥

دعوى وقائية (٨٩) تستهدف الوقاية من الضرر المحتمل الذى ينتج من الاحتجاج عليه بالمحرر المزور (٩٠) . وبالتالي لا تقبل الا قبل الاحتجاج بالورقة المدعى بتزويرها ، فاذا كان الاحتجاج بهذه الورقة مرفوعا فى دعوى الى القضاء فانه يمتنع رفع دعوى أصلية بتزويرها (٩١) . ومع مراعاة انه لا يجوز الحكم بصحة الورقة او بتزويرها وفى الموضوع معا ، وذلك حتى لا تحرم الخصم الصادر ضده الحكم أن يقدم ما لديه من أدلة أخرى لإثبات ما يدعيه أو نفى ما ثبت فى حقه (٩٢) .

٣٣٣ - نخلص من كل ما تقدم الى أن الدعاوى الوقائية تستند فى قبولها الى مصلحة حالة وقائمة تتمثل فى الوقاية من الأضرار المحتملة ، اما وفقا لضرر محقق ، واما استيفاء الحق يخشى زوال دليله . وان هذه الدعاوى الوقائية قد تكون دعاوى موضوعية مثل الدعاوى التفسيرية وقطع النزاع ودعوى التزوير الأصلية ودعوى وتحقيق الخطوط ، وقد تكون دعاوى وقتية مثل الدعاوى المستعجلة وبعض دعاوى الأدلة مثل سماع الشاهد أو دعوى إثبات الحالة .

(٨٩) سوليس وييرو - ج ١ الاشارة السابقة . وانظر وجدى راغب ص ١٤٦ . عبد المنعم الشرقاوى رسالة ص ٢٥٨ وما بعدها . عبد الباسط جيمعى مبادئ ص ٣٢٥ وما بعدها .

(٩٠) وعلى ذلك فان الحكم فى هذه الدعوى انما ينصب على مسألة التزوير وحدها دون الفصل فى الحق موضوع الورقة محل التزوير . وفى ذلك تقرر محكمة النقض انه لا يجوز الحكم بصحة الورقة المدعى بتزويرها وفى موضوع الدعوى معا - نقض ١٩٧٦/٣/١٦ من ٢٧ ص ١٧١ . ١٩٧٤/٢/٦ فى ٢٥ ص ٣٠٦ ، ١٩٧٤/٣/٢٦ من ٢٥ ص ٥٧٥ .

(٩١) نقض ١٩٨٧/٦/١٤ فى الطعن ٢٩٨ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٥/١٢/١٩ فى الطعن ٤٩٧ لسنة ٥٢ ق .

(٩٢) نقض ١٩٨٧/٥/١٤ فى الطعن ٣٥٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٣/٥ فى الطعن ١٦٤٠ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/٢/١٩ فى الطعن ٥٠٤ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١١/٢٨ فى الطعن ٩٢٧ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٦/٥/١٥ فى الطعن ٨٨٦ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٥/١/٢٨ فى الطعن ١٠٩٧ لسنة ٥٢ ق ، وتصلياً مؤلفنا - القضاء ونظام الإثبات ، ص ٢٧٠ - ٢٧١ بند ٨٥ .

المطلب الثانى

الصفة فى الدعوى

La qualité

٣٣٤ - تحديد :

يقتضينا الحديث عن الصفة فى الدعوى ، البدء بتحديد المقصود بها ، ثم بيان أنواعها ، وتحديدتها فى الدعاوى الجماعية او دعاوى المصلحة العامة .

الفرع الاول

المقصود بالصفة فى الدعوى

٣٣٥ - الخلاف الفقهى حول الصفة :

يثور الخلاف الفقهى حول اعتبار الصفة *qualité* شرطا قائما بذاته من شروط قبول الدعوى ، أم أنها مجرد وصف من أوصاف المصلحة .

فيذهب البعض (٩٣) الى أن الصفة فى الدعوى ليست الا وصف من أوصاف المصلحة والتي تعتبر فى رأيهم الشرط الوحيد لقبول الدعوى .

(٩٣) عبد المنعم الشرقاوى - شرح بند ٢٣ من ٤٨ وما بعدها . رسا
من ٢٦٨ وما بعدها . رمزى سيف بند ٧٩ وما بعده من ١١٤ وما بعدها .
وموريل - بند ٣٠ . فئسان بند ٢٣ من ٤٣ - جولى اندريه من ٨٧ بند ١٠٠
أحمد أبو الوفا من ١٠٨ بند ١٠٤ أحمد السيد صاوى من ٤٧ وقارن محمد
حامد فهمى بند ٣٣٠ من ٣٩٠ ، بند ٣٣٨ من ٣٦٧ - ٣٦٨ . وقسارن
عبد الباسط جيمى - مبادئ من ٣٥٠ ، الذى يقرر أن الصفة تكون هى
المصلحة الشخصية المباشرة فى حالة ما اذا كان رافع الدعوى هو صاحب
الحق نفسه . أما اذا كان رافع الدعوى ليس هو صاحب الحق ، فإن الصفة
تتميز عن المصلحة الشخصية والمباشرة ، وتكون شرطا قائما بذاته الى جانب
المصلحة - من ٣٥١ ، ٣٥٥ وما بعدها .

فالمصلحة كشرط وحيد للدعوى فى رأيهم يجب - - فضلا أن كونها قانونية وحالة - أن تكون شخصية ومباشرة *Intérêt personnel et direct* بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانونى المراد حمايته ، أو من ينوب عنه كالوصى بالنسبة للقاصر والوكيل بالنسبة للموكل . وهناك من يفضل تسميتها بأن تكون الدعوى شخصية (٩٤) ، لأنها تعبر عن الجانب الشخصى فى الدعوى .

وهناك من يفصل - ويحق - بين المصلحة المباشرة وبين الصفة فيها ، لأن المصلحة الشخصية هى الفائدة التى تعود على الشخص من مباشرة الدعوى ، أما الصفة فهى سلطة مباشرتها (٩٥) . فقد لا يعترف القانون لصاحب المصلحة الشخصية المباشرة بالصفة فى مباشرة الدعوى . فلا تقبل دعوى إبطال العقد مثلا إلا من الشخص الذى تقرر لمصلحته البطلان ، فلا يصح للطرف الآخر أن يرفع دعوى إبطال العقد بالرغم من أنه قد نكون له مصلحة شخصية ومباشرة فى إبطال العقد . كما لا يجوز المشرع لغير أطراف العقد رفع دعوى ببطلانه ، بالرغم من أنه قد توجد مصلحة شخصية ومباشرة لمن يدعى بطلان العقد وهو ليس طرفا فيه (٩٦) . وقد يعترف المشرع بالصفة فى رفع الدعوى بالرغم من أنه ليس صاحب الحق ، كما فى حالة الدعوى غير المباشرة .

-
- (٩٤) وجدى راغب - الخصومة - ص ١٤٧ . إبراهيم سعد ص ١٦٦ .
(٩٥) سوليس وييرو ج ١ بند ٢٦٣ ص ٢٤٤ - ٢٤٦ . عبد الباسط جيمبى - مبادئ ص ٣٥٥ . أحمد مسلم أصول - ص ٣٢٩ بند ٣٠٦ -
نتهى والى - الوسيط - ص ٧٢ بند ٣٥ .
(٩٦) فليس لتاجر أن يطالب ببطلان عقد تأسيس شركة تنافسه فى تجارتها ، بالرغم من أنه صاحب مصلحة شخصية ومباشرة فى بطلان هذه الشركة . كما لا صفة للزوجة فى طلب بطلان تصرف صادر عن زوجها حال حياته ، ولو كان التصرف باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ، بالرغم من أن لها مصلحة شخصية ومباشرة فى إبطال التصرف باعتبارها ورثا محتملا .
فالوارث لا تنشأ له حقوق على الشركة إلا بوقاة المورث (القاهرة الابتدائية ١٩٧٠/١١/١٨ . مشار إليه فى وجدى راغب هامش (٨٣) ص ١٤٧ نقض ١٩٣٧/١/٢٨ - مجموعة القواعد ج ٢ بند ٣٣ ص ٨٤ .

٣٣٦ - تعريف الصفة :

ولما كان موضوع الدعوى ادعاء بحق أو مركز قانونى أمام القضاء ، فالقاعدة ان صاحب هذا الحق أو المركز - على فرض صحته - صاحب الصفة الايجابية فى الدعوى ، والمدعى عليه - المعتدى على هذا الحق أو المركز القانونى أو المهدد بالاعتداء عليه - هو صاحب الصفة السلبية فى الدعوى ، فتثبت الصفة اذن لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا اعتدى عليه أو هدد بالاعتداء عليه ، فى مواجهة من اعتدى أو من هدد بالاعتداء على الحق .

وتعتبر للصفة بذلك عن الجانب الشخصى فى الدعوى (٩٧) . فالدعوى لابد قائمة بين أشخاص معينين ، من قامت به الحاجة الى حماية القضاء ضد من تسبب فى هذه الحاجة ، أى بين من يدعى اعتداء على حقه أو تهديدا به ، ضد من اعتدى بالفعل أو هدد بالاعتداء عليه . وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى كقاعدة الا من الشخص الذى يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا فى مواجهة شخص آخر .

٣٣٧ - التمييز بين الصفة فى الدعوى والتمثيل القانونى :

رأينا أن جانبا من الفقه ، قد عبر عن الصفة فى الدعوى ، بأنها التى تثبت لحاسب الحق أو المركز القانونى المراد حمايته أو من ينوب عنه كالوصى أو الوكيل (٩٨) . الا أن هذا التعبير فى رأينا تعبير غير دقيق . اذ ان الصفة لا تكون الا بالنسبة لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا ضد من يدعى أنه اعتدى على هذا الحق أو هدد بالاعتداء عليه . وهذه الصفة تفرق عن التمثيل القانونى Representation legal فقد يمثل الخصم الاصيل فى الخصومة بمن يمثله قانونا كوكيل بالنسبة للموكل ،

(٩٧) وجدى راغب - الاشارة السابقة . فتوى والى - الاشارة السابقة . ابراهيم سعد - الاشارة السابقة .
(٩٨) أحمد أبو الوفا - بند ١٠٤ من ١٠٨ ، أحمد مسلم - بند ٣٠٦ من ٣٢٩ - محمد السيد صاوى ص ٤٧ - وانظر فى الخلط بين الفكرتين نقض مدنى ١٩٦٨/٣/٥ من ١٩ من ٥٠١ .

أو وصى بالنسبة للقاصر أو رئيس مجلس الإدارة بالنسبة للشركة . وهذا الشخص انما يكون ممثلا لصاحب الصفة الأصلية فى الدعوى ، ولا يعتبر الودى أو الولى أو الوكيل أو الرئيس أو الحارس أصحاب الصفة فى الدعوى ، فهم لا يطالبون بحق لهم وانما لمن يمثلونهم ، وانما هم أصحاب صفة اجرائية فحسب فى مباشرة الدعوى ومتابعة اجراءاتها . وهذه الصفة الاجرائية قد تثبت لصاحب الحق اذا طالب بنفسه بحماية حقه ، وقد تثبت لغير صاحب الحق ، اذا كان صاحب الحق لا يستطيع مباشرة الدعوى بنفسه ، اما لنقص فى اهليته ، أو لعدم إستطاعته لحجر عليه أو لحكم عليه بعقوبة الجنائية ، أو أنه كان شخصا معنويا . وفى هذه الحالات يظل الخصم الأصل هو صاحب الصفة فى الدعوى ، هو الذى يعود عليه الحكم الذى يصدر فيها بالنفع أو الضرر ، هو الذى يحتج بالحكم الصادر فى الدعوى له أو عليه (٩٩) .

فالصفة فى الدعوى ، تعد شرطا لقيام الحق فى الدعوى ، وهى لهذا لا تثبت الا لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا ضد المعتدى . وهذه الصفة تتوافر لمن تثبت له الشخصية القانونية سواء كان شخصا

(٩٩) أنظر فى التمييز بين الفكرتين . فتحمى والى - الوسيط بند ٣٦ ص ٧٨ . محمد عبد الخالق عمر - رسالة بند ٣١٦ . ابراهيم سعد ص ١٦٧ وما بعدها بند ٦٤ . وجدى راغب - الخصومة ص ١٤٩ . عبد الباسط جيمى - مبادئ ص ٢٥٥ . وانظر سوليس وبيرو اللذان يذهبان الى أن الصفة تتوافر بالنسبة للأصيل كما تتوافر بالنسبة للممثل القانونى ، مع تسليحها بأنها فى الحالتين متميزة عن شرط المصلحة الشخصية (ج ١ ص ٢٤٤ - ٢٤٦ بند ٢٦٣) . موريل بند ٣١ . وانظر الفقه الايطالى الذى يفرق بين الصفة فى الدعوى *Legitimatío ad causam* ، وهى ما تثبت للمدعى والمدعى عليه أى من يطلب الحماية فى مواجهة المرفوع عليه الدعوى . وبين وهى الصفة فى التقاضى *legitimatío ad processum* والى التى تتعلق بصلاحية من يباشر الخصومة (كوفنندا - مبادئ ص ١٥١ - ١٥٢ - لوجواندريا ص ١٩ - ٢٠ بند ٩ لبييان ج ١ موجز بند ٦٦ ص ١٣٦ . كوستا بند ١٢٢ ص ١٧٠ . اوجوروكو - ص ٣٢٨ هامش (١٣) - ميكيلي ج ١ - ص ١٧٢ - ١٧٣ - بند ٤٩ .

طبيعيا أم اعتباريا ، وهى تثبت للشخص الطبيعى سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها . وتختلف هذه الصفة يؤدى الى الحكم بعدم قبول الدعوى .

أما الصفة فى التقاضى ، هى عبارة عن الصلاحية لمباشرة الدعوى واتخاذ اجراءات الخصومة ، وهذه الصفة لا تثبت الا للشخص الطبيعى كامل الأهلية الاجرائية ، فلا يصح أن يتخذ اجراء من اجراءات الخصومة من لم تكتمل أهليته . وهذه الصفة تثبت اما لصاحب الحق نفسه ان كان أهلا ، كما انها تثبت لمن يمثله ان لم يكن أهلا ، أو كان ولكن هناك من يمثله فى الدعوى كوكيل عنه . ويترتب على هذا التمييز ، أن تكون وسيلة التمسك بعدم توافر الصفة فى الدعوى هى الدفع بعدم القبول ، أما وسيلة التمسك بتخلف الصفة فى الدعوى هى الدفع ببطلان الاجراءات (١٠٠) . ومن ناحية أخرى ، يؤدى تخلف الصفة فى الدعوى الى الحكم بعدم القبول (١٠١) ، بينما يؤدى تخلف الصفة الاجرائية - لفقد احد الخصوم لأهليته أو زوال صفة ممثله القانونى - الى انقطاع الخصومة (١٠٢) .

ويعتبر الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة دفعا موضوعيا ، تجوز اثارته فى أى حالة تكون عليها الدعوى (١٠٣) ، وان اعتبر دفعا غير متعلق بالنظام العام ، ولا يكون لغير من تقرر لمصلحته الاحتجاج

(١٠٠) فتحى والى - الوسيط الاشارة السابقة . ونظرية البطلان فى قانون المرافعات - رسالة الطبعة الأولى ١٩٥٩ بند ٢١٢ وما بعدها ص ٣٩٣ - ٣٩٩ . وجدى راغب ص ١٥٠ - ابراهيم سعد الاشارة السابقة . (١٠١) نقض ١٩٨٦/٢/١٣ فى الطعن ٩٦١ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٦/٢/٦ فى الطعن رقم ١٨٨٣ لسنة ٥٢ ق . عكس ذلك أبو الوفا أحمد أبو الوفا - المرافعات ص ١١٩ هامش حيث يرى أن زوال صفة أحد الخصوم يؤدى الى انقطاع الخصومة أيضا .

(١٠٢) مع مراعاة أن انتهاء وكالة المحامى عن احد الخصوم اثناء سير الخصومة لا يؤدى الى انقطاعها . (١٠٣) نقض ١٩٨٦/٢/١٣ فى الطعن ٩٦١ لسنة ٥٢ ق .

به (١٠٤) . مع مراعاة أن استخلاص الصفة في الدعوى من اطلاقات محكمة الموضوع متى اقامت قضاها على أسباب سائغة (١٠٥) .

الفرع الثاني

نوعا الصفة في الدعوى

٣٣٨ - الصفة العادية للدعوى :

يقصد بالصفة العادية في الدعوى تلك الصفة التي تثبت لصاحب الحق أو المركز القانوني - على فرض صحته - مدعيا أن اعتداء وقع عليه أو أن ضررا محتملا يحقق به ، وهي تثبت له في مواجهة من يدعى انه هو المعتدى أو المهدد بالاعتداء . أى أنها الصفة الايجابية المقررة لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا ، ضد الطرف الملبى ، صاحب الصفة السلبية . وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى الا من الشخص الذي يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا ، وسواء بوشرت الدعوى بواسطته أو بواسطة ممثله القانوني . وهذه هي الصفة العادية في الدعوى .

٣٣٩ - الصفة غير العادية :

بجانب الصفة العادية التي تثبت لمن يدعى لنفسه حقا أو مركزا قانونيا فان المشرع قد يجيز - في حالات محددة - لشخص أو هيئة ، بالصفة في الدعوى. تبيح له رفع الدعوى باسمه ، بالرغم من أنه لا يطالب بحق لنفسه ، وانما لغيره ، دون أن يكون ممثلا قانونيا له ، وبهذا يحل هذا الشخص أو تلك الهيئة محل صاحب الصفة الأصلية في حماية الحق

(١٠٤) نقض ١٩٨٦/٢/٦ في الطعن ١٨٨٣ لسنة ٥٢ ق .
(١٠٥) نقض ١٩٨٨/٦/٢ في الطعن ٧٦٥ لسنة ٥٥ ق ، ١٩٨٨/٢/٢٧ في الطعن ٢٩ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٧/٤/٢٢ في الطعن ٢١٠٢ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٩٨٧/٢/١٨ في الطعن ٨٧٥ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٥/١٢/٨ في الطعن ٨٧١ لسنة ٥٤ ق .

أو المركز القانوني (١٠٦) . وهذه هي الصفة الاستثنائية ، وهي باعتبارها كذلك لا تجوز الا بنص فى القانون يسمح بها . مع ملاحظة أن هذه الصفة تشبه الصفة الاجرائية فى أن شخصا من الغير لا يدعى لنفسه حقا يباشر الدعوى . الا أن الفارق بينهما يظل شاسعا ، إذ أن صاحب الصفة الاستثنائية له حق الدعوى ويباشر الدعوى باسمه ، لا باسم الشخص الآخر ، صاحب الصفة الأصلية (١٠٧) ، فى حين أن صاحب الصفة الاجرائية ليس له حق الدعوى أصلا وإنما يباشرها باسم من يمثل له وليس باسمه الخاص .

ومن أمثلة الصفة الاستثنائية فى القانون المصرى ، الدعوى غير المباشرة المنصوص عليها فى المادة ٢٣٥ مدنى والتي تجيز للدائن أن يستعمل حقوق مدنية بما فيها رفع الدعوى للمطالبة بحقوقه لدى الغير . متى توافرت شروط معينة ، محاولة منه فى المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين . والمشرع يعترف للدائن بهذا الحق بالرغم من أنه لا يختص بالحق الذى يطالب بحمايته اذا ما حكم له به ، وإنما يدخل فى ذمة مدينه والتي يجوز للدائن بعد ذلك أن يطالب بالتنفيذ على هذا الحق ، ويدخل شريكا مع غيره فى اقتسام هذا الحق . وكذلك ما يعترف به القانون للنقابة متى كانت طرفا فى عقد العمل المشترك من الحق فى رفع الدعوى الناشئة عن الاخلال به باسم عضو منتزم اليها دون توكيل منه عند الاخلال بأحكام العقد (٩٢ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١) .

غير أن البعض يذهب الى أن النقابة فى هذه الحالة لا تكون لها الصفة غير العادية فى الدعوى وإنما هى صاحبة صفة اجرائية باعتبارها ممثلا قانونيا للعامل بدليل ان الدعوى ان رفعت من النقابة ، يكون للعامل - رغم ذلك - النزول عنها ويؤدى ذلك الى انقضائها (١٠٨) .

(١٠٦) وهذه الصفة غير العادية هى ما يطلق عليه الفقه الايطالى الحلول الاجرائى Sostituzione Processuale انظر كيوفندا - مبادئ ص ٥٩٦ وما بعدها . كوستا بند ١٢٤ ص ١٧٢ - ١٧٤ .
(١٠٧) كوستا - الاشارة السابقة .
(١٠٨) فتحي والى - الوسيط - بند ٣٥ ، ص ٧١ . أحمد الصاوى - الوسيط ، بند ١٠٦ ص ١٧٣ . بشندى عبد العظيم أحمد - رسالة بعنوان حماية الغير فى قانون المرافعات ، جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص ٣٠٢ .

الفرع الثالث

الصفة فى الدفاع عن المصالح العامة والجماعية

٣٤٠ - تمهيد :

لا تقتصر مهمة القانون على توفير الحماية للحقوق الفردية والخاصة ، وإنما كان عليه وينفس الدرجة توفير الحماية للمصالح العامة والجماعية . وإذا ما تم ذلك ، فالى من تثبت الصفة دفاعا عن هذه المصالح ؟ :

٣٤١ - أولا : الصفة فى دعاوى المصالح العامة :

إذا كانت المصلحة العامة هى التى تهم المجتمع بأكمله ، بكل دوائفه وفئاته ، فيثور التساؤل عن صاحب الصفة فى الدفاع عن هذه المصلحة العامة . لا يكفى القول فى هذا الخصوص بأن الدولة بكل أجهزتها هى المسئولة عن رعاية المصالح العامة ، فإن صدق ذلك من الناحية المياسية والواقعية ، فإنه لا يصدق من الناحية القانونية ، وإنما لابد من إيجاد جهاز معين تكون مهمته الدفاع عن هذه المصالح عند الاعتداء عليها ، تكون له الصفة فى رفع الدعوى أمام القضاء مطالبا بتحقيق حماية القانون . ومن ناحية أخرى ، فمن الممكن القول بأن حماية المصالح العامة هو فى ذاته حماية لمصالح الأفراد وبالتالي فهل تكون لأى فرد فى المجتمع باعتباره مكونا من مكوناته ، الصفة فى رفع الدعوى دفاعا عن المصلحة العامة ؟ . وفى هذا الخصوص ظهرت دعاوى النيابة العامة ، ودعاوى الحسبة :

(١) دعاوى النيابة العامة :

لقد خصصت الدولة جهازا من أجهزتها العامة وخولته الصفة فى الدفاع عن المصالح العامة ، واعترفت له ، بحق الدعوى ومباشرتها أمام

القضاء للدفاع عن المصالح العامة . وهذا الجهاز هو النيابة العامة (١٠٩) . فهو الجهاز الممثل للمجتمع فى الدفاع عن مصالحه ، وهو بالنسبة للدعوى الجنائية صاحبها (١١٠) . فله حق تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية (١١١) . أما بالنسبة للمسائل المدنية ، فان المشرع قد اعترف للنيابة العامة أيضا ، بوصفها النائية عن المجتمع والمثلة له ، بالصفة فى رفع الدعوى التى تتعلق بالمصالح العام ، وبالتدخل - وجوباً أو جوازاً - فى الدعوى المدنية المرفوعة من غيرها ، لتبدى رأيها فى هذه الدعوى (م ٨٧ - ٩٦ مرافعات) (١١٢) .

(ب) دعوى الحسبة :

عرفت الشريعة الاسلامية الغراء ما يسمى بدعوى الحسبة ، وهى الدعوى التى ترفع من أى شخص مسلم دفاعاً عن حق من حقوق الله ، او دفاعاً عن حقين أحدهما للعبد وثانيهما لله ، ولكن حق الله تعالى فيها غالب (١١٣) ، مثل رفع دعوى لاثبات طلاق المرأة طلاقاً بائناً ،

(١٠٩) انظر رعوف عبيد - مبادئ الاجراءات الجنائية ١٩٧٨ - ص ٣٧ وما بعدها والمؤلف - المرجع السابق - ص ٢٦٨ وما بعدها . ميكيلي بند ٢١١ ، سالتا ص ٦١ . كيوفندا ص ٤٥٧ .

(١١٠) بجانب المدعى العام الاشتراكى ، الذى نص عليه الدستور المصرى فى المادة ١٧٩ - فى الحدود التى ينظمها قانون ٩٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بحماية القيم من العيب (م ١٦ - ٢٦ منه) . والنيابة العسكرية التى تتولى التحقيق والاحالة الى القضاء بالنسبة للجرائم العسكرية التى تدخل فى ولاية القضاء العسكرى .

(١١١) انظر نص المادة الاولى من قانون الاجراءات الجنائية ، والمادة ٢١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ . انظر فى وظيفة النيابة بصفة عامة . رعوف عبيد - المرجع السابق ص ٣٩ - وما بعدها . (١١٢) انظر دور النيابة العامة فى قانون المرافعات . نجيب بكير - رسالة جامعة عين شمس ١٩٧٤ . المؤلف - المرجع السابق . ص ٢٧٠ وما بعدها بند ١٦٣ - ١٦٦ .

(١١٣) وفى ذلك تقرير محكمة النقض بأن دعوى الحسبة « لا تقبل شرعاً الا فيها هو حق لله تعالى او فيها كان حق الله فيه غالباً ، باعتبار ان هذه الحقوق هى ما يجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها ، فمن رأى معروفاً ظهر تركه أو منكراً ظهر فعله وجب عليه ان يتقدم الى القاضى بالدعوى أو يستعد المحتسب أو والى المظالم ليقوم الدعوى » نقض ١٩٨١/١٢/١٠ - ٤١٠ - ص ٢٢٥٢ .

أو للتفريق بين زوجين من زواج فاسد وغير ذلك . وأساس الحسبة هو الآية الكريمة « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ، وقوله ﷺ « من رأى منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان » فالحسبة بذلك واجبة على كل مسلم ، وقد كيفها الفقهاء بانها نوع من الشهادة . وهى فرض من فروض الكفاية التى تؤدى برفع الأمر الى القاضي أو بإداء الشهادة أمامه فى دعوى قائمة (١١٤) . والصبة بحسبانها مستمدة من الشريعة الاسلامية فلا يعمل بها فى مصر الا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية التى تحكمها قواعد هذه الشريعة (١١٥) . وتقابل دعوى الحسبة ، الدعوى الشعبية action populaire التى كان يعترف بها القانون الرومانى لأى مواطن دفاعا عن المصلحة العامة .

٣٤٢ - ثانيا : الصفة دفاعا عن المصالح الجماعية :

إذا كان القانون يخول للأفراد الذين تجمعهم مهنة معينة أو حرفة محددة - تكوين نقابة تضمهم للدفاع عن مصالحهم المشتركة ، أو جمعية معينة للدفاع عن حقوق معينة ، أو لتحقيق هدف معين . فكان لابد أن يعترف بحماية هذه المصالح الجماعية ، وكان عليه أن يعترف للشخص القانونى الذى رخص بإنشائه ، الصفة فى رفع الدعوى دفاعا عن المصلحة الجماعية التى قام من أجلها . ونميز فى هذا الصدد بين دعاوى النقابات ودعاوى الجمعيات :

(١١١) انظر فى دعوى الحسبة . الأحكام السلطانية للمواردى الباب العشرون ص ٢٣١ وما بعدها . عيد المنعم الشرقاوى - رسالة ٣٧٦ وما بعدها . سليمان الطماوى - السلطات الثلاث فى الاسلام ١٩٦٧ ص ٣٢٢ وما بعدها .

(١١٥) أحمد مسلم - أصول بند ٢٠٧ ص ٣٣١ . فتاوى والى ص ٧٨ بند ٣٥ . وجدى راغب ص ١٥٣ . الخصومة .

(١) دعاوى النقابات - يعترف المشرع للنقابات بـ :

- الصفة العادية فى الدعوى :

يكون للنقابة - بوصفها شخصا قانونيا ، له حقوقه الخاصة وعليه التزاماته - الصفة الايجابية والسلبية فيما ترفعه من دعاوى للمطالبة بحقوقها ، وفيما يرفع عليها عند اخلالها بالتزاماتها .

- الصفة غير العادية :

قد يعترف القانون للنقابة بالصفة فى الدعوى التى ترفعها باسمها للمطالبة بحق العامل المنضم اليها ، كما لو كانت طرفا فى عقد العمل المشترك ، فيكون لها الحق فى الدعوى الناشئة عن الاخلال بهذا العقد دون حاجة الى توكيل بذلك (م ٩٢ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١) .

- هل يكون لها الصفة العادية فى الدفاع عن المصلحة الجماعية ؟ :

المصلحة الجماعية هى المصلحة المشتركة لاعضاء النقابة . وهى ليست مجموع المصالح الذاتية لهم ، بل تعلو عليها (١١٦) . وتردد القضاء الفرنسى قديما فى تحويل النقابة ، 'صفة فى الدعوى ، دفاعا عن المصلحة الجماعية ، ولكنه استقر بعد ذلك على تحويلها هذا الحق ، ثم أيد المشرع الفرنسى القضاء فيما استقر عليه فى هذا الخصوص ، بتشريع أصدره فى مارس ١٩٢٠ (١١٧) . واعترف المشرع المصرى أيضا منذ سنة ١٩٤٢ بما استقر عليه القضاء الفرنسى ، و'عترف لنقابات العمال بحق الادعاء حماية للمصالح المشتركة التى تمثلها هذه النقابات ، وبهذا

(١١٦) انظر سوليس وبيرو - ج ١ بند ٢٤٥ ص ٢٢٠ . وانظر فنسان بند ٢٥ ص ٤٦ وما بعدها .
(١١٧) انظر المشكلة وموقف الفقه والقضاء والمشرع منها فى فرنسا سوليس وبيرو ج ١ بند ٢٤٦ - ٢٤٩ ص ٢٢٢ - ٢٢٩ . فنسان . بند ٢٥ ص ٤٦ وما بعدها . موريل بنس ٢٣ ص ٢٥ - ٢٦ . عبد المنعم الشرتارى - رسالة ص ٢٩٠ وما بعدها .

نصت فعلا المادة ٤١١ من قانون العمل الجديد رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .
وهو ما أيده الفقه والقضاء المصريان (١١٨) .

(ب) دعاوى الجمعيات :

لا يشك أحد في أن للجمعية الشخصية الاعتبارية ، شأنها في ذلك شأن النقابة . وللجمعية بهذه المثابة الصفة العادية فيما ترفعه من دعاوى ، وغنما يرفع عليها منها ، وذلك للمطالبة بحقوقها الخاصة ، أو لتنفيذ التزاماتها . اما أن يكون لها حق الدعوى دفاعا عن المصلحة المشتركة لأعضائها ، فهذا أمر مختلف عليه ، فلم تحظ الجمعيات بما حظت به النقابات في هذا الخصوص . فقد تردد القضاء في الاعتراف للجمعية بصفة في الدعوى دفاعا عن المصلحة المشتركة لأعضائها ، أو عن الهدف الذي تستهدفه ، بحجة ان الجمعية - على عكس النقابة - لا تمثل مهنة

(١١٨) عبد المنعم الشرتاوى - رسالة ص ٢٩٩ - ٣٠٠ بند ٢٨٩ .
فتحى والى - الوسيط ص ٧٥ . إبراهيم سعد ص ١٧١ وجدى راغب -
الخصومة ص ١٥١ . رمزى سيف بند ٨٤ . نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ ص ١٨
ص ٨٦٧ نقض ١٩٧٣/٤/١٤ ص ٢٤ ص ٦٠٢ . على أنه يشترط لقبول
دعوى النقابة دفاعا عن المصلحة الجماعية أن يكون هناك اعتداء قد وقع على
هذه المصلحة ، فإذا ما كان الذى وقع لا يمثل الا اعتداء على مصلحة ذاتية
لأحد أعضائها فلا يكون للنقابة حق الدعوى (نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ ص ١٨
ص ٨٦٧) . أما اذا كان الاعتداء الذى وقع يمثل اعتداء على مصلحة ذاتية
لعضو فى النقابة ، واعتداء فى الوقت ذاته على المصلحة المشتركة لأعضائها .
فان هذا الاعتداء ينشئ دعوى للمضو بفرده الذى من الاعتداء مصلحته ،
كما أنه ينشئ دعوى النقابة دفاعا عن المصلحة الجماعية ، وكل منهما
مستقلة عن الأخرى (فتحى والى - الوسيط ص ٧٦ وجدى راغب ص ١٥٢) .
بشندى عبد العظيم - رسالة ، ص ٣٠٦ ، نقض بدنى ١٩٦٦/١/١٢ ،
ص ١٧ ، ص ١١٢ محكمة القضاء الإدارى ١٩٧٦/١١/١٦ المحاماة ، ص ٥٨ ،
ص ٦٩ وقررت فيه أن لنقابة المحامين الحق فى التدخل الى جانب المحامى
لمساعدته فى الدفاع عن حقه فى العودة الى وظيفته لأن من أهداف النقابة
توفير العمل القانونى للأعضاء .

أعضائها . وإنما ان قامت بذلك ، فان ذلك يعنى الاعتراف لها بالصفة فى الدفاع عن المصالح العامة الأمر الذى يمس سلطة النيابة العامة (١١٩) .

الا أن الفقه الحديث (١٢٠) قد انتقد - وبحق - هذا القول ، لأن المفارقة فى هذا الخصوص بين النقابة والجمعية ، مفارقة غريبة ولا تستند على شيء من المنطق ، لأن كلا منهما عبارة عن جماعة قامت من أجل هدف محدد ، فضلا عن أنه اذا كان قد تم الاعتراف بالجمعية وبالشخصية القانونية لها للدفاع عن مصلحة معينة قامت من أجلها ، فانه ينبغى الاعتراف لها بالصفة فى الدعوى دفاعا عن هذه المصلحة لوحدة الهدف الذى قامت من أجله . ومن ناحية أخرى ، فاذا كان المشرع قد اعترف بحق التقاضى للشخص المعنوى (م ٥٢ مدنى) ، والجمعية تعد شخصا قانونيا . فلا يكون من المنطق عدم الاعتراف لها بالصفة فى الدعوى للدفاع عن هدفها الذى قامت من أجله .

(١١٩) انظر فنسان وجنشار بند ٣٢ ص ٩٥ وما بعدها . كوشيز ط ٢ ، ١٩٨١ ، بند ١٥٥ . وجدى راغب ص ١٥٢ - فتحي والى - الوسيط ص ٧٧ بند ٣٢ . الشرفاوى - رسالة - بند ٣٠٤ ، ٣٠٥ . وليس للجمعية سوى التدخل انضماميا الى جانب أحد الأعضاء . (بشندى عبد العظيم - رسالة ، ص ٣٠٨ . ومرتان - جوريس كلاسير ١٩٨٠ - ٣ - التدخل رقم ٤٥) .

(١٢٠) فتحي والى - الوسيط - بند ٣٢ . وجدى راغب - مبادئ الخصومة ص ١٥٣ . رمزى سيف بند ٨٥ . ابراهيم سعد ص ١٧٩ .

المبحث الثانى

الشروط السلبية لوجود الدعوى (١٢١)

٣٤٣ - المقصود بها :

يقصد بالشروط السلبية لوجود الحق فى الدعوى ، عدم تحقق سبب من الأسباب التى يترتب المشرع على تحققها عدم قبول الدعوى . وهى على عكس الشروط الايجابية . فالشروط الأخيرة يجب تحققها لوجود الدعوى ، أما الشروط السلبية يجب عدم تحققها حتى يوجد الحق فى الدعوى . فقد يوجب القانون ضرورة مباشرة الدعوى فى مناسبة يعينها (١٢٢) ، أو فى ميعاد يحدده ، اما قبل بدئه أو خلاله أو بعد انقضائه (١٢٣) . ولما كنا بصدد دراسة شروط الدعوى العامة ، فاننا نكتفى فى هذا المقام بذكر الشروط السلبية العامة بالنسبة للدعاوى جميعها :

٣٤٤ - الشروط السلبية العامة :

حتى يوجد الحق فى الدعوى - يلزم عدم تحقق ما يلى :

١ - عدم سيق الفصل فى الدعوى :

إذا كانت الدعوى قد رفعت مرة أمام القضاء ، وفصل فى موضوعها ، فمعنى ذلك أن الشخص قد وجد له الحق فى الدعوى ، فباشره وطبق القضاء بشأنه قواعد القانون . فلا ينشأ له الحق فى الدعوى

(١٢١) انظر وحدى راغب - مبادئ الخصومة ص ١١٧ . أحمد أبو الوفا بند ١١٦ - ١٢٠ ص ١١٩ - ١٢٠ أحمد مسلم - بند ٣٠٨ ص ٣٣٦ - ٣٣٦ .

(١٢٢) مثل منع المطالبة بالحق فى دعوى الحيازة . أى عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق . (م ٤٤ مرافعات) . كما لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد الرجوع الى المدين (م ٧٨٨ مدنى) . (١٢٣) ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع فيجب أن يقدم خلال الثلاثة أيام السابقة على الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات فى قائمة شروط البيع (م ٤٢٢ مرافعات) . وسقوط الحق فى ابداء طلب عارض بعد قفل باب المرافعة . وضرورة رفع دعوى الحيازة فى خلال سنة من تاريخ الاعتماد على الحيازة (٩٥٨ وما بعدها مدنى) . أو رفع دعوى الشفعة فى خلال مدة محددة .

للمطالبة بما سبق الفصل فيه بحكم سابق ، وذلك احتراماً لحجية الأمر المقضى ، الذى حازه الحكم السابق الفاصل فى الموضوع ، وهى الحجية المانعة من معاودة النزاع ، مرة أخرى ، حول ما قضى به الحكم ، وعلى ذلك فإن تحققت هذه الواقعة - واقعة الفصل فى الموضوع - فإن ذلك يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها . وسنزيد هذه النقطة أيضاً فيما بعد .

٢ - عدم اكتمال مدة تقادم الدعوى :

رأينا أن الدعوى حق ، وهى بهذه المثابة تسقط بعدم الاستعمال ، بمدة التقادم العادية كقاعدة عامة وهى ١٥ سنة من وقت الواقعة المنشئة لها ، أى من وقت الاعتداء على الحق أو المركز القانونى المدعى .

٣ - عدم تحقق ما يقضى على حق الدعوى :

الحق فى الدعوى قد ينقضى بسبب ارادى كالتنازل عن الدعوى أو باتفاق الأطراف على الصلح بينهما (م ١٠٣) ، أو بسبب غير ارادى مثل وفاة الخصم فى دعوى نفقة أو تطليق ، أو نزع ملكية العقار محل دعوى الشفعة ، أو اتحاد الذمة (١٢٤) . وتحقق شئ من ذلك يستوجب الحكم بعدم قبول الدعوى .

٣٤٥ - الخلاصة :

نخلص من كل ما سبق أنه يجب لقبول الدعوى ، أن تتوافر الشروط الايجابية والسلبية على السواء . ويجب على القاضى الحكم بعدم قبول الدعوى إذا تحقق من انتفاء شرط من هذه الشرائط ، وتقضى المحكمة بذلك ولو من تلقاء نفسها وذلك لتعلق شروط الدعوى - فى رأينا - بالنظام العام ، ويجوز ابداءه فى أية حالة كانت عليها الدعوى (١٢٥) . غير أن محكمة النقض قد استقر قضاؤها على أن عدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لا يعتبر متعلقاً بالنظام العام ، وبالتالي فلا تحكم به

١٢٤) (وجدى راغب - مبادئ الخصومة ص ٣٤٨ .

(١٢٥) ومنها الدفع بعدم التبول لرفع الدعوى على غير ذى صفة) نقض ١٩٧٢/١٢/١٦ ، س ٢٣ ص ١٣٩٨ . ونقض ١٩٨٦/٢/١٣ فى الدعن ١٦١ لسنة ٥٢ ق .

المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تجوز اثارته بالتالى لأول مرة أمام محكمة النقض . وسند محكمة النقض (١٢٦) فيما ذهبت اليه هو نص المادة ٢/١١٥ من قانون المرافعات التى أوجبت المحكمة أن رأت أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائما على أساس أجلت الدعوى لاعلان ذى الصفة .

والحقيقة فى رأينا أن القضاء الاخير لمحكمة النقض قضاء محصل نخل ، لأن نص المادة ٢/١١٥ لا يؤدى بمفهومه الى ما انتهت اليه محكمة النقض ، حيث أن هذه المادة توجب على المحكمة اختصارا للاجراءات ، بدلا من الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير صفة ، أن تؤجل نظرا لاختصاص صاحب الصفة الحقيقى . شريطة أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر والا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعوى ويمدد التقادم (١٢٧) . فهذا حكم خاص بانتفاء صفة المدعى عليه ، والبديل الذى حدده المشرع هو اختصاص صاحب الصفة الحقيقى .

ونتساءل عن موقف القاضى اذا تأكد من انتفاء صفة رافع الدعوى نفسه ، هل يؤجل نظر الدعوى لاختصاص المدعى الحقيقى ؟ وهل يمكنه أن يحكم بغرامة على المدعى عليه ؟ ان الاجابة على هذا السؤال لا يتصور أن تكون بغير النفى . وانما على القاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى - ومن تلقاء نفسه - لرفعها من غير ذى صفة . وليس من المعقول أن تتغير صفة الدفع الواحد من حالة الى أخرى ، فهو أمر يأباه المنطق القانونى المجرى . اصف الى ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١١٥ مرافعات لا تتحدث عن سلطة المحكمة فى الحكم بقبول أو عدم قبول الدعوى ، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب بل انها توجب فحسب ، قبل الحكم بعدم قبول الدعوى - أن تؤجل نظر الدعوى لجلسة يتم فيها اختصاص صاحب الصفة ، وذلك تحاشيا للقضاء على الدعوى ، وتجديدها من جديد برفعها على الخصم الحقيقى .

(١٢٦) نقض ١٩٨٦/٢/٦ فى الطعن ١٨٨٣ لسنة ٥٢ ق ،
١٩٧٤/٢/١٣ س ٢٥ ، ص ١٢٢٤ .
(١٢٧) نقض ١٩٨٠/٢/١٢ فى الطعن ٣٥٢ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٧٧/٥/٣
طعن ٥٩٩ لسنة ٤٣ ق .

الفصل الثالث

تقسيمات الدعاوى

Classification des actions

٣٤٦ - تحديد وتقسيم :

يجرى الفقه على تقسيم الدعاوى تقسيمات متعددة ، ومختلفة ، بتعدد واختلاف الأساس الذى يتخذ كميّار للتقسيم . فهى تنقسم بحسب المطلوب الحكم به الى دعاوى تقريرية ودعاوى منشئة ودعاوى الزام . وتنقسم ثانيا بحسب المطلوب حمايته وهل هو حق أو مجرد وضع مادي لا يرقى الى مرتبة الحق ، ولهذا تنقسم الدعاوى الى دعاوى حق ودعاوى حيازة .

وعلى هذا ينقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة ، نتحدث فى الأول عن تقسيمات الدعاوى بحسب المطلوب الحكم به ، وفى الثانى نتحدث عن دعاوى الحق وتقسيماتها ، وفى الثالث عن دعاوى الحيازة وأنواعها وذلك على التفصيل الآتى :

المبحث الأول

تقسيم الدعاوى بحسب المطلوب الحكم فيها

المطلب الأول

الدعاوى التقريرية والمنشئة ودعاوى الالتزام

٣٤٧ - تحديد :

تنقسم الدعاوى بحسب المطلوب من القضاء الحكم به فيها الى دعاوى
تقريرية ، ودعاوى منشئة ، ودعاوى الزام .

٣٤٨ - ١ -

Les actions déclaratoires : الدعاوى التقريرية :

الدعوى التقريرية (١) هى تلك التى يقتصر المطلوب فيها على
مجرد الحصول على حكم قضائى ، يؤكد وجود الحق أو المركز القانونى
المدعى به ، أو نفيه ، دون الزام المدعى عليه فيها باداء معين ، ودون
ما احداث أى تغيير فى مراكز الخصوم . وهى بذلك قد تكون دعوى
ايجابية ، اذا كان المطلوب فيها تأكيد وجود الحق أو المركز القانونى
المدعى ، ومثالها دعوى الاستحقاق ، ودعوى تحقيق الخطوط الأصلية
وغيرها . وقد تكون سلبية ، اذا كان المطلوب فيها نفى حق أو مركز
فانونى . كدعوى براءة الذمة ، ودعوى التزوير الأصلية .

والدعوى التقريرية بذلك تعد دعوى موضوعية بحتة لأن الهدف منها
هو مجرد الحصول على حكم موضوعى يؤكد لوجود الحق أو نفيه .
ولذلك فهو يحوز الحجية القضائية الكاملة ، وهى تانيا دعوى وقائية
يكفى لقبولها أن يكون المدعى مهدها بضرر محقق .

(١) انظر فى هذه الدعوى . فتحى والى - الوسيط ص ١٣٣ - ١٤٠
بند ٦٨ - ٧٢ . وجدى راغب . رسالة ص ٢٥٠ وما بعدها . المؤلف . قانون
القضاء المدنى ج ١ ص ١٠٧ وما بعدها . قواعد التنفيذ القضائى واجراءاته :
ط اولى ١٩٩٠ ، ص ٩٧ بند ٤٦ وما بعدها . كيوغندا - مبادئ ص ١٦٥ -
١٧٨ . كوستا - بند ٢٦ ص ٣٦ - ٣٩ .

٣٤٩ - (ب) الدعاوى المنشئة : Les Action Costitutives

والدعوى المنشئة (٢) هى التى يكون المطلوب فيها الحكم باحداث تغيير معين عما كان عليه الامر قبل الحكم ، ويكون هذا التغيير بانشاء أو تعديل أو انهاء حق أو مركز قانونى . مثل الدعوى التى يطلب فيها الخصم تعديل التزاماته التعاقدية بسبب الغبن أو الحوادث الطارئة . وكذلك دعوى الشفعة ودعوى التتطبيق أو الفسخ وغيرها . وبعبارة أخرى هى الدعوى التى يكون موضوعها حقاً من الحقوق الارادية *diritti potestativi* التى يتوقف احداث التغيير فيها على تدخل القضاء .

وهذه الدعوى هى أيضا دعوى موضوعية تستهدف الحصول على حكم يؤكد لحق الخصم فى احداث التغيير ، والذى يتوقف احداثه على تدخل القضاء . ولهذا فان الحكم الذى يصدر فيها يعد حكماً موضوعياً يحوز حجية الامر المقضى . اثبات حصول الاعتداء على الحق حتى تقبل الدعوى المنشئة ، لانه متوافر فيها دائماً بمجرد المطالبة به (٣) .

٣٥٠ - (ج) دعاوى الالزام : Les Actions de condamnation

دعوى الالزام (٤) هى التى يكون المطلوب فيها الحكم بالزام المدعى عليه باداء معين قابل للتنفيذ الجبرى . ومثالها دعوى المشترى بالزام البائع بتسليم العين المباعة ، أو الدعوى بالزام المسئول بدفع التعويض المحكوم به ، أو الزام المستاجر بدفع الاجرة . أو باخلاء العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الايجار .

-
- (٢) انظر كوستا - بند ٢٧ ص ٤٠ - زانوكى ج ١ ص ١٤٥ بند ٢١ .
كيوفندا نظم ج ١ بند ٥١ وما بعده ص ١٦٨ - ١٨٠ . محمود هاشم - المرجع السابق بند ٥٦ ص ١١٣ - ١١٥ . فتحى والى الوسيط ص ١٤١ وما بعدها .
وجدى راغب - مبادئ القضاء المبنى ص ٥٤ وما بعدها .
(٣) انظر بند ٤٠ من هذا المؤلف ، وجدى راغب - الخصومة ص ١٢٧ - ١٢٨ .
قارن فتحى والى - ص ٧١ .
(٤) انظر كوستا بند ٢٢ ص ٣٢ . ليبمان موجز بند ٢٤ - ص ٦٤ .
كيوفندا - مبادئ ص ١٥٧ وما بعدها . ميكيلي بند ١٤ ص ٤٨ .
فتحى والى - الوسيط ص ١٤٥ وما بعدها .

وتعد هذه الدعوى من الدعاوى الموضوعية ، لأنها تستهدف الحصول على حكم موضوعى يحوز حجية الأمر المقضى ، بتأكيد حق المدعى والزام المدعى عليه بإداء الحق . ويديهى أن هذه الدعوى لا تقبل الا اذا كان هناك اعتداء فعلى على الحق أو المركز القانونى ، لأنها تستهدف تطبيق الجزاء القانونى .

المطلب الثانى

أهمية هذا التقسيم

٣٥١ - تظهر أهمية هذا التقسيم المتقدم فى تحديد ما يعتبر من الأحكام الصادرة فيها سندا تنفيذيا وما لا يعتبر . اعتبارا بأنه ليست كل أحكام القضاء تقبل التنفيذ الجبرى . لأن القوة التنفيذية لا تكون الا لأحكام الالتزام وحدها (٥) ، دون غيرها من الأحكام التقريرية أو المنشئة . فالحكم التقريرى يستنفذ الغرض منه بمجرد صدوره ، وهو تأكيد الحقيقة القانونية ، بتأكيد وجود الحق المدعى به أو نفيه . وكذلك الحكم المنشئ فهو يستنفذ الغرض منه فور صدوره عن طريق تأكيد حق الخصم فى احداث التغيير المطلوب فى الحق أو المركز القانونى .

أما حكم الالتزام فهو وحده الذى يقبل أن يكون سندا تنفيذيا ، لأن الحماية القضائية لا تتحقق بمجرد صدوره وانما يلزم قيام المحكوم عليه - اختيارا أو جبرا - بعمل معين لصالح المحكوم له يتمثل فى أداء ما هو المحدد فى الحكم لصالح المحكوم له .

(٥) أنظر تفصيلا - محمود هاشم ، قواعد التنفيذ القضائى وإجراءاته ،
مشار اليه بند ٤٩ ص ١٠٥ - ١٠٦ .

المبحث الثانى

دعاوى الحق

Actions Pettitaires

٣٥٢ - تحديد :

يقصد بدعاوى الحق ، تلك الدعاوى التى يكون موضوعها حقا من الحقوق un droit التى يحميها القانون . ونظرا لأن للحق أنواع متعددة ، فمن الطبيعى أن تتعدد دعاوى الحق ، فهى تنقسم مثلاً بحسب طبيعة الحق ذاته الى دعاوى عينية وإلى دعاوى شخصية . كما أنها تنقسم بحسب طبيعة المال الذى يرد عليه الحق الى دعاوى عقارية وأخرى منقولة .

ونبين فى عجلة هذه الأنواع المختلفة لدعاوى الحق .

المطلب الأول

تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة الحق

٣٥٣ - تمهيد :

اعتبارا بأن الحقوق تنقسم الى حقوق شخصية وحقوق عينية ، فإن الدعاوى المقررة لحمايتها لابد وأن تنقسم هى الأخرى الى دعاوى شخصية وأخرى عينية . ويضيف للبعض الى هذا التقسيم ما يسمونه بالدعاوى المختلطة . وعلينا أن نتكلم عن هذا التقسيم وأهميته العملية .

الفرع الأول

الدعاوى الشخصية والعينية والمختلطة

٣٥٤ - (١) الدعاوى الشخصية : Les Actions personnelles

يقصد بالدعاوى الشخصية تلك الدعاوى المرفوعة بحق شخص مراد حمايته . ومن المعروف أن الحق الشخصى هو مجرد رابطة بين شخصين تجعل من أحدهما مدينا أو ملتزما بأن يؤدي عملا أو يمتنع عن عمل لصالح شخص آخر هو صاحب الحق أو الدائن . ومحل هذه الرابطة اما أداء عمل أو امتناع عن عمل ، أو الالتزام بإعطاء .

ومن أمثلة الدعاوى الشخصية ، سائر دعاوى المديونية ، أى دعاوى المطالبة بسداد الديون ، وأيضا جميع دعاوى المسؤولية ، العقدية أو التقصيرية . سواء كانت للمطالبة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، أيا كانت طبيعته ، أو للمطالبة ببطلانه أو فسخه . وكذلك جميع دعاوى المسؤولية الناشئة عن الأفعال الضارة أو الأفعال النافعة على السواء .

٣٥٥ - (ب) الدعاوى العينية Les actions réelles

يقصد بالدعوى العينية تلك التى ترفع لحماية حق من الحقوق العينية ، ثبوتها أو نفيا . والحق العيني - كما هو معروف - عبارة عن سلطة لشخص على عين معينة ، ثابتة أو منقولة . والحقوق العينية قد تكون حقوقا أصلية أى حقوقا تقوم بذاتها ، غير مستندة على حقوق أخرى ، ومن أمثلتها حق الملكية وما تفرع عنها من حقوق ، مثل حقوق الانتفاع والرغبة ، والاستعمال ، والارتفاق .

وقد تكون حقوقا عينية تتبعية ، لا تقوم بذاتها ، وإنما هى لابد مستندة فى وجودها على حق شخصى تضمن الوفاء به ، ولذلك يطلق عليها التأمينات العينية وهى حقوق الرهن الرسمى ، والرهن الحيازى ، والاختصاص ، والامتياز .

وعليه تكون جميع دعاوى الملكية دعاوى عينية وكذلك جميع الدعاوى الأخرى التى ترفع بتقرير حق استعمال أو انتفاع أو ارتفاق أو نفيه دعاوى عينية . وكذا جميع دعاوى التأمينات العينية .

ومما تجدر الإشارة به فى هذا المقام . أن الحقوق الشخصية لا تدخل تحت حصر فى القانون المقارن ، بعكس الحقوق العينية فهى محددة فى القانون على سبيل الحصر ، ويترتب على ذلك أن تكون الدعاوى العينية التى تحميها محددة على سبيل الحصر هى الأخرى .

٣٥٦ - (ج) الدعاوى المختلطة : Les actions mixtes

يذهب جانب من الفقه (٦) على إطلاق اصطلاح « الدعاوى المختلطة » على تلك التى ترفع مستندة على حقين ، أحدهما شخصى

(٦) Morel traité, p. 61; Japiot, traité, No 87, Vincent, prudence

والآخر عيني ، ومثالها دعوى المشتري بعقد مسجل التي يطالب فيها بتسليمه العقار المبيع ، وذلك تنفيذا لعقد الشراء ، حيث أن المدعى في هذه الدعوى يستند في طلبه على حقيقتين ، حقه العيني باعتباره مالكا للعقار بموجب العقد المسجل ، وحقه الشخصي باعتباره طرفا في هذا العقد ، الأمر الذي يجيز له المطالبة بتنفيذه . ومن أمثله الدعوى المختلطة أيضا دعوى البائع بفسخ العقد أو بطلانه واسترداد المبيع .

الفرع الثاني

أهمية هذا التقسيم وتقديره

٣٥٧ - تظهر أهمية هذا التقسيم المتقدم في تحديد الشخص الذي يمكن توجيه الدعوى اليه ، فالدعوى الشخصية لا توجه الا الى الطرف السلبي (الملتزم) في الحق الشخصي المطلوب حمايته ، وهو معلوم دائما ، في حين أن الدعوى العينية يمكن توجيهها لأي شخص يعتدى على الحق العيني أو يهدد بالاعتداء عليه ، ايا كان هذا الشخص ، فالحق العيني سلطة مباشرة لصاحبه على العين في مواجهة الكافة دون تمييز . فالكل مطالب باحترام الحق العيني عدا صاحبه . ولهذا يمتاز الحق العيني بأنه يخول صاحبه سلطة تتبع الشيء محصل الحق في أي يد يكون .

ويؤخذ على هذا التقسيم أنه أضيق من أن يتمتع ليشمل جميع الدعاوى ، حيث لا يشمل دعاوى معترف بها لحماية حقوق لا تعتبر حقوقا شخصية ولا حقوقا عينية ، مثل حقوق الأسرة والحقوق المتصلة بالأحوال الشخصية وكذلك دعاوى الشفعة (٧) . كما أن هناك دعاوى عينية لا تحمي حقوقا عينية مثل دعاوى الحيازة التي ترفع لمجرد حماية المركز الواقعي للجائز والذي لا يرقى الى مرتبة الحق العيني .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه يؤخذ على اطلاق تعبير الدعاوى المختلطة الكثير من تجاوز المنطق القانوني ، اعتبارا بأن أساس التقسيم هو طبيعة الحق ، وهو إما أن يكون حقا شخصيا وإما أن يكون

حقاً عينياً ولا يوجد فى نظامنا ما يسمى بالحق المختلط حتى يمكن اطلاق هذا التعبير على الدعوى التى تحميه . فضلاً عن أن الأمثلة التى ذكرها الفقهاء على هذه الدعاوى ، انما تحتوى على نوع من المغالطة فالدعوى المرفوعة ببطلان التصرف الناقل للملكية واسترداد البيع فان البائع فى هذه الدعوى لا يستند الى حقه العينى ، لأن الغرض انه انتقل بالعقد المسجل الى المشتري - وانما يستند فحسب الى حقه الشخصى بوصفه طرفاً فى عقد البيع (٨) .

وحتى لو وجدت دعوى تستند على حَقِّين فى آن واحد ، فانها لا توصف بانها دعوى مختلطة ، وانما هى فى الواقع دعويين أحدهما دعوى شخصية والأخرى دعوى عينية ، جمعتا فى صحيفة واحدة نظراً للارتباط بينها المتمثل فى وحدة المحل ووحدة الخصوم ، وليس هناك ما يمنع من جمعهما معا ، ولا من مباشرة كل منهما على استقلال .

المطلب الثانى

تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة المال محل الحق

الفرع الأول

الدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة

٣٥٨ - تحديد :

تنقسم الدعاوى باعتبار ما يرد الحق المطالب بحمايته فيها الى دعاوى عقارية ، ودعاوى منقولة .

Les actions immobilières (١) الدعاوى العقارية :

وهى تلك الدعاوى التى ترد على الأموال الثابتة أى العقارات ، سواء كانت من المباني أو من الأراضى ؛

Les actions mobilières (ب) الدعاوى المنقولة :

وهى تلك الدعاوى التى ترد على الأموال غير الثابتة ، أى الأموال المنقولة ، سواء كانت هذه الأموال من المنقولات المادية ، أو كانت حقوقاً فى الذمة .

(٨) فتحى والى ، الوسيط ، ص ٩٦ وما بعدها . رمزى سيف ، بند ١٠٥

ابراهيم سعد ، بند ٨٥ .

وقد يتداخل هذا التقسيم فى سابقه ، وتكون الدعوى العينية ، عقارية أو منقولة ، حسبما يرد الحق العينى فيها على عقار أو منقول فالدعوى العينية العقارية هى الدعوى المرفوعة للمطالبة بحماية حق عينى على عقار ، سواء كانت الدعوى للمطالبة بتأكيد وجود هذا الحق أو نفيه ، مثال ذلك دعاوى الملكية - الاستحقاق ، دعاوى تقرير أو نفي حقوق الانتفاع أو الارتفاق ، وكذلك دعاوى التأمينات العينية - مثل دعاوى الرهن الرسمى أو دعاوى حق الاختصاص . ويدخل فى حكم هذه الدعاوى ، دعاوى الحيازة . أما الدعوى العينية المنقولة فهى الدعوى المرفوعة لحماية حق عينى على منقول ، مثل دعوى ملكية المنقول ، أو دعوى رهنه رهنا حيازيا .

(ج) الدعوى الشخصية العقارية وهل هى موجودة فعلا ؟

وإذا كان ما تقدم خاصا بالدعوى العينية ، فإن الدعوى الشخصية لا تكون الا دعوى منقولة ، اعتبارا بأن محلها دائما هو رابطة قانونية بين شخصين . وطالما كانت كذلك فهى ليست محسوسة ولا تعتبر عقارا لذلك . والقاعدة أن الأشياء التى لا تعتبر عقارا تعتبر من المنقولات .

غير أن البعض (٩) قد ذهب الى أن الدعوى الشخصية يمكن أن تكون أيضا دعوى عقارية ، ويمثلون على وجودها بتلك الدعوى التى يرفعها مشترى العقار بعقد غير مسجل على البائع لالزامه بتسجيل العقد ، هى ما تعرف فى الحياة العملية (بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع) أو (دعوى صحة التعاقد) .

ومن المقرر وعلى ما استقر عليه قضاء النقض - أن دعوى صحة ونفاذ العقد انما هى لتنفيذ الالتزام بنقل الملكية تنفيذيا عينيا . وعلى ذلك لا يحكم القضاء بإجابة الطالب الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى يصدر فيها ممكنين (١٠) . وتتسع سلطة المحكمة

(٩) رمزي سيف ، بند ١١٠ ، عبد الباسط جيمسى ، مبادئ ، ص ٣٥٩ ،
احمد السيد صاوى ، بند ٤٦ . أبو الوفا ، بند ١٢٤ .
(١٠) نقض ١٩٨٦/١/٣٠ فى الطعن ٢٣١٤ لسنة ٥١ ق ،
١٩٨٦/١٢/١٧ نى الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٨٧/٦/١١
فى الطعن ١٢٧٦ لسنة ٥٣ ق .

المرفوعة اليها الدعوى لذلك لبحث كل ما يتعلق بموضوع العقد ومداه ، وجودا أو انعداما ، صحة أو بطلانا (١١) ، وبحث كل ما يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه (١٢) .

الفرع الثانى

أهمية هذا التقسيم وتقديره

٣٥٩ - تنحصر أهمية التقسيم المتقدم فى تحديد المحكمة المختصة ، بحيث تكون الدعوى عينية عقارية أو دعوى من دعاوى الحيازة ، فان الاختصاص بنظرها ينعقد للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار محل الحق العينى المطالب بحمايته ، أو أحد أجزاؤه . وحيث تكون الدعوى منقولة ، سواء كانت للمطالبة بحماية حق عينى على منقول أو بحق شخصى عليه ، فان الاختصاص بنظرها ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على قاعدة اختصاص أخرى .

أما من ناحية أن البعض كان قد أجرى تقسيما للدعوى الشخصية ، واعتبرها دعوى عقارية ان وردت على عقار ، ودعوى منقولة ان وردت على منقول . فان هذا القول تنقصه الدقة والموضوعية (١٣) ، اعتبارا بان الدعوى ان كانت للمطالبة بحق شخصى فهى دائما دعوى منقولة ، لان محلها رابطة قانونية بين شخصين ، وهى لذلك ليست شيئا محسوسا يوصف أحيانا بأنه عقار ، وأحيانا أخرى بأنه منقول . ويترتب على ذلك نزوما ان ينعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة موطن المدعى عليه لأنها دائما منقولة ، على اعتبار أن كل ما ليس بعقار فهو منقول . نقول بذلك بالرغم من أن المشرع المصرى قد تأثر بما أجراه الفقه التقليدى للدعوى الشخصية الى دعوى شخصية عقارية ، ودعوى شخصية منقولة ، حين نص فى المادة ٥٠ من قانون المرافعات على أن الدعاوى الشخصية العقارية ترفع اما الى محكمة موطن المدعى عليه ، أو الى محكمة موقع العقار .

-
- (١١) نقض ١٩٨٦/١/٩ فى الطعن ٧٣٨ لسنة ٥١ ق ،
١٩٨٦/٥/٢٢ فى الطعن ١١٥٨ لسنة ٥٢ ق .
(١٢) نقض ١٩٨٦/١٢/١٧ فى الطعن رقم ٢٢١٩ لسنة ٥٠ ق ،
١٩٨٧/٣/٢٦ فى الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٥٤ ق . نقض ١٩٨٥/١٢/٥
فى الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥١ ق .
(١٣) انظر فى نقد هذا التقسيم ، أحمد مسلم ، بند ٢٤٧ ، مفتضى
والى ، بند ٤٨ ، وجدى راعب ، ص ١٦١ .

المبحث الثالث

الحيازة وحمايتها

٣٦٠ - تمهيد وتحديد :

لا تقتصر التشريعات على حماية الحقوق والمراكز القانونية ، من الاعتداء عليها أو التهديد به . وإنما تعترف في الوقت نفسه بحماية بعض المراكز الواقعية ، اذا وردت على العقارات ، عند الاعتداء على هذه المراكز الواقعية أو عند التهديد بالاعتداء عليها . وتتمثل هذه المراكز الواقعية في الحيازة Possession

فالمرجع يحمى مجرد الحيازة ، والمرجع المصرى - بصفة خاصة - قد اهتم بالحيازة وحمايتها اهتماما بالغاً ، حيث نظم طريقين لحمايتها ، الطريق المدنى عن طريق ما أسماه بدعاوى الحيازة Les Actions possessoires التى نظمها فى التقنين المدنى . والطريق الجنائى المتمثل فى تحديد أفعال الاعتداء على الحيازة وتجرئها فى تقنين العقوبات .

وعلىنا أن نحدد طريقى حماية الحيازة ، أى نتكلم فى الحماية المدنية للحيازة ثم فى الحماية الجنائية لها . وعلىنا قبل أن نتكلم فى نوعى الحماية أن نتحدث قبل ذلك عن فكرة الحيازة ذاتها ، وعلة حمايتها ونطاق هذه الحماية .

المطلب الأول

فكرة الحيازة وسبب حمايتها ونطاقها

الفرع الأول

فكرة الحيازة

١ - تعريف الحيازة

٣٦١ - تعريف الحيازة فى فقه القانون :

تعرف الحيازة بأنها وضع مادى situation juridique de fait يتمثل فى سيطرة الشخص سيطرة فعلية على شئ (١٤) والحيازة بهذا

(١٤) سوليس وبيرى - الاشارة السابقة . وجدى راغب ، مبادئ القضاء ، ص ١٤٠ . محمد لبیب . شنب موجز الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٤ ص ١٢٠ ، عبد النعم البدراوى - الحقوق العينية الأصلية - الطبعة الثالثة - ١٩٦٨ ص ٥٢٩ بند ٤٨٨ . أمينة النمر - بند ١١٢ ص ١٧٧ وما بعدها .

التعريف يمكن أن تتوافر بالنسبة للمنقول ، كما تتوافر بالنسبة للعقار .
الا أن المشرع لا يحمى حيازة المنقول عن طريق خاص مثل دعاوى الحيازة
التي نحن بصدد دراستها . وانما يحميها بقاعدة قانونية أخرى
مؤداها : أن الحيازة في المنقول سند الحائز . فالحيازة التي يحميها
المشرع عن طريق دعاوى الحيازة هي حيازة العقار . وهو يحميها
لذاتها ، وبغض النظر عما اذا كان الحائز يستند في حيازته الى حق أو
كان مجرد مغتصب للعقار .

٣٦٢ - مفهوم الحيازة في الفقه الاسلامي :

ولا يخرج تعريف الحيازة في الفقه الاسلامي عن تعريفها المتقدم ،
حيث أن الحيازة في الفقه الاسلامي هي استيلاء الشخص على عين من
الاعيان ، بحيث يكون تحت قدرته وسيطرته . وهي بعبارة أخرى « وضع
اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه » (١٥) .

وإذا كانت الحيازة في الانظمة الوصفية تعد سببا لكسب الملكية ،
فانها لا تعتبر كذلك في الرأي الراجح في الفقه الاسلامي الا في المنقولات
المباحة . اي الاشياء التي لا تدخل في ملكية أحد . اما العقارات فان
حيازتها هي الأخرى لا تؤدي الى تملكها الا اذا كانت أرضا لا تدخل في
ملكية أحد ، وكانت مواتا ، بشرط بقاء الحائز لها بتحجيرها واحياؤها
وفقا للشروط المقررة في الفقه الاسلامي لاحياء الأرض الموات (١٦) .

ووضع اليد على أموال مملوكة للغير ليس من شأنه - مهما طالبت
مدته - أن يكسب واضع اليد ملكية ما يضع يده عليه ، ولا ان يسقط ملكية

(١٥) انظر الشرح الصغير للدردير ، ج ٤ ، ص ٣١٩ ، والمادة
١٦٧٩ من مجلة الأحكام العنلية التي نصت على أن ذا اليد هو « الواضع
اليد على عين بالفعل أو الذي يثبت تصرفه تصرف الملاك » حيدر - درر
الحكام ، ج ٤ ، ص ٢٩٢ ، وتفصيلا محمود هاشم - اجراءات التقاضي
والتنفيذ - طبعة أولى ١٩٨٩ ، بند ٣٧ ، ص ٥٧ .

(١٦) انظر أبو زهرة : للملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية -
القاهرة - دار الفكر العربي ١٩٧٧ ، ص ١٦٠ وما بعدها ، والمراجع التي
نكرها المؤلف في هامش ١٩ من المرجع المشار اليه في الهامش السابق .

صاحب المال الفعلى لأن الحق لا يتقادم . ولكن يعتبر وضع اليد -
الحيازة - سببا فى منع سماع الدعوى عند الانتكار . أما مع الاقرار فالحق
ثابت به ، لأن ترك الحق مدة طويلة قرينة على بطلانه وإن اليد محقة
عادلة اذا توافرت شروطها .

والحيازة فى الفقه الاسلامى وان لم تكن سببا للملكية ، فانها قرينة
عليها ، فلا يكلف واضع اليد باثبات ملكيته ، وعلى مدعى العكس
(الخارج) أن يقيم هو البينة على أن الحائز ليس صاحب الحق على
العين التى بيده . فالحيازة دليل على الملك طالما أن الحائز قد ادعى
ملكيته للعين ولم يقر بها لخصمه ولا لغيره ، وكانت العين فى يده
وباستطاعته التصرف فيها والانتفاع بها (١٧) .

والحيازة فى الفقه الاسلامى أقسام ثلاثة . هى :

١ - « اليد المحقة العادلة ، والتى تكون ثمرة تصرف شرعى »
كمن يضع يده على عقار أو منقول ، يدا ظاهرة ، مشاهدة ، مدة طويلة ،
ويتصرف فيه دون منازعة من أحد سنوات عديدة مع قدرته ، وهذه هى
الحيازة التى يحميها الشرع الاسلامى ، وهى دليل على الملك .

٢ - اليد الظالمة الباطلة فلا تكسب حقا ولا تعد قرينة عليه . وانما
يجب رد العين لصاحبها .

٣ - اليد التى لا يعرف مصدرها وهل هى باطلة أم صحيحة ،
كاليد المجردة عن التصرفات فى العقارات ، واليد على المنقولات . وهذه
اليد تعد قرينة على الملك ، وهى له عند الانتكار مع يمينه عند البعض
أو بدون اليمين عند البعض الآخر (١٨) .

واذا كانت الأنظمة الوضعية تحمى مجرد الحيازة بحسبانها دليلا
وقرينة على الملك أو الحق ، وهى تحميها لذاتها ، بعيدة عن الحق

(١٧) انظر مؤلفنا السابق الاشارة اليه ص ٥٨ - ٥٩ ، هامش ٢٢

(١٨) انظر تفصيلا مؤلفنا - السابق الاشارة اليه ص ٦٠ - ٦١

وما اشرنا اليه من مراجع فى الفقه الاسلامى هامش ٢٤/ ٢٥ ، ٢٦ .

ودعواه ، فإن الأمر ليس بهذا الوضوح فى الفقه الإسلامى ، حيث تختلط حماية الحيابة فيه بحماية الملك ، والتى تكون الحيابة ثمرة من ثمراته . ومع ذلك نجد أن الشرع الإسلامى يحمى مجرد الحيابة مستقلة عن الحق فى حالة معينة وهى عدم قيام البيئة على عدم استحقاق صاحب اليد (١٩) .

٢ - الحيابة التى تحميها الأنظمة كافة

٣٦٣ - مفهوم الحيابة التى تحميها الأنظمة القانونية :

تذهب الأنظمة قاطبة (٢٠) الى حماية الحيابة لذاتها ، أى تحمى الحيابة مجردة ، سواء استند الحائز فى حيازته على حق أو كان مجرد مغتصب . إلا أن هذه الأنظمة لا تحمى أى حيابة ، وإنما تحمى فحسب الحيابة المعتبرة لديها ، أى حيابة معينة ، تطلبت فيها الأنظمة - كقاعدة - أمران : أن تكون حيابة قانونية أى شرعية ، وأن تكون حيابة مستوفية لشروطها . وبعبارة أخرى أن تكون حيابة تكامل عناصرها وتوافرت شروطها وذلك على التفصيل الآتى :

٣٦٤ - أولا : الحيابة القانونية : Possession

الحيابة التى يحميها القانون المصرى كقاعدة هى الحيابة القانونية ، أى الحيابة التى يسيطر بها الشخص على عين معينة بوصفه صاحب الحق عليه ، أى الحيابة التى توافر عناصرها المادى والمعنوى :

١ - العنصر المادى للحيابة : corpus

ويمثل فى السيطرة المادية على الشئ محل الحيابة . وهو كما يقول أحد فقهاء المذهب المالكى « وضع اليد على الشئ والاستيلاء عليه » (٢١) ، وتحقق هذه السيطرة بقيام الحائز بكل الأعمال

(١٩) انظر تفصيلا مؤلفنا السابق الإشارة اليه ، ص ٦١ - ٦٢ ،

هامش ٢٧ .

(٢٠) مع ملاحظة ما أشرنا اليه فى البند السابق خاصة بالفتة الإسلامى .

(٢١) الدردير ، الشرح الصغير ، ج ٤ ص ٣١٩ .

المادية التى يقوم صاحب الحق بها عادة على الشيء ، أى بالمباشرة الفعلية للسلطات التى يمنحها الحق على الشيء . وعلى ذلك فالأعمال أو التصرفات القانونية لا تكفى وحدها لقيام الركن المادى للحيازة (٢٢). وتختلف الأعمال المادية باختلاف طبيعة الأشياء محل الحيازة ، فإن كانت أرضا زراعية ، فالسيطرة المادية عليها تتحقق بزراعتها أو اعدادها للزراعة ، وإن كانت منزلا فيتحقق الركن المادى بسكنه أو اعداده لذلك ، وإن كانت عيادة فبمباشرة مهنة الطب فيها واستقبال المرضى بها ، ولا يشترط أن يقوم الحائز بهذه الأعمال بنفسه ، فقد يقوم بها بواسطة تابعيه ممن ياتمرون بأمره ويعملون لحسابه (٢٣) .

٢ - العنصر المعنوى : animus

لا يكفى لقيام الحيازة القانونية توافر السيطرة المادية على الشيء وإنما يلزم لوجودها أن تتوافر لدى الحائز فى قيامه بالأعمال المادية نية الظهور على الشيء محل الحيازة بمظهر صاحب الحق ، أى يقوم بالأعمال المادية التى يتطلبها الشيء وفقسا لطبيعته باعتباره صاحب الحق عليه (٢٤) . فإن كان يقوم بهذه الأعمال المادية بوصفه

-
- (٢٢) محمد لبیب شنب - المرجع السابق بند ١٢٩ من ١٣١ .
عبد المنعم البدرائى - بند ٩١، ص ٥٣٥ . وجدى راغب - مبادئ القضاء ، ص ١٤٦ . ابو الوفا - بند ١٣٠ من ١٢٨ .
(٢٣) عبد المنعم البدرائى بند ٥٠٨ من ٥٥٨ . محمد لبیب شنب ، بند ١٣١ من ١٣٣ . وجدى راغب - ص ١٤٦ .
فتحى والى - الوسيط ص ١٠٣ بند ٥٢ .
(٢٤) وقد اختلف الفقه فى تحديد المقصود بهذه النية . فذهب سافيني ومن ايدوه الى ان النية الواجب توافرها لدى الحائز هى نية التملك animus domini بينما ذهب الفقيه الالماني اهرنج الى ان النية المطلوبة هى نية الحيازة animus possessionis أى نية استعمال الشيء . وهذه هى النظرية المادية التى لا تجعل من النية عنصرا مستقلا عن العنصر المادى ، بل هى جزء منه (انظر فى هذا كله . عبد المنعم البدرائى بند ٩٦٦ ص ٥٣٧ - ٥٣٩ . لبیب شنب - المرجع السابق ص ١٣٦ - ١٣٧) .

مستأجرا أو مستعيرا أو حارسا . فان حيازته تكون مجرد حيازة مادية عرضية *détention* على الشيء ، ولا تعتبر حيازة قانونية . فالحيازة العرضية اذن ، هى تلك التى يتوافر بشأنها العنصر المادى دون العنصر المعنوى . والحائز العرضى هو من يحوز لحساب غيره ويستند فى حيازته الى سند قانونى يخوله مباشرة الأعمال المادية ، ويلزمه برد الشيء محل الحيازة الى صاحب الحق فيه . كما لو كان وكىلا عن المالك أو مؤجرا للأرض ، أو مودعا لديه أو حارسا على الشيء .

ويقضى توافر هذا العنصر أن تكون الأعمال التى يقوم بها الحائز اعمالا متعددة على الشيء ، اذ لا تقوم الحيازة على الأعمال التى يقوم بها الشخص على انها من المباحات أو التى يتحملها الغير على سبيل التسامح (٢٥) .

ومن ناحية أخرى فان الأنظمة ، ومنها النظام المصرى ، لا تتطلب قيام الحائز باثبات نية حيازته ، طالما كان واضعا اليد على العين ، اعتبارا منها أن مجرد وضع اليد على العين يعد قرينة على توافر نية الحائز فيما يحوز ، وأن العنصر المادى دليل على توافر العنصر المعنوى . ويكون على مدعى العكس عبء الاثبات (م ٩٦٣ مدنى) .

موقف المشرع المصرى :

يأخذ المشرع المصرى (٢٦) ، كقاعدة بالاتجاه - يتضح بذلك أن المشرع المصرى يأخذ ، كقاعدة بالاتجاه اللاتينى (٢٧) ، ولا يعترف الا بحماية الحيازة القانونية . ولكن المشرع المصرى ، رغم

(٢٥) لبيب شنب - بند ١٣٨ ص ١٣٨ - ١٣٩ ، وجدى راغب ص ١٣٦ - عبد المنعم البدر اوى بند ٥٠٥ ، نقض ١٩٨٨/١١/١٦ فى الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق .

(٢٦) اما القانون الفرنسى فانه يحمى الحيازة المادية ، فالحائز المادى *dé'enteur* يستطيع أن يحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة (م ٤/٢/٢٢٨٢ مدنى فرنسى) مضافة بالقانون ٧٥ - ٥٩٦ الصادر فى ١٩٧٥ (انظر فنانسان بند ٤٩ مكرر ص ٧٤) ، فنانسان وجنشار بند ٥٨ ، ص ٨٧ - ٨٨ .

(٢٧) وهذا هو الرأى السائد فى مصر . عبد المنعم البدر اوى - بند

ذلك ، قد تآثر بالنظرية المادية فى الحيآازة ، واعرترف بحماية
الحيآازة المادية فى حالتين هما :

١ - حالة المستآجر :

فقد نصت المادة ٥٧٥ مدنى على حق المستآجر فى أن يرفع باسمه
جميع دعاوى وضع اليد ، بالرغم من اعتباره آائزاً عرضياً (٢٨) .

٢ - حالة استرداد الحيآازة :

نصت المادة ٢/٩٥٨ مدنى على أن « للآائز بالنيابة عن غيره رفع
دعوى الاسترداد » . وبذلك فإن دعوى الاسترداد وهى احدى دعاوى
الحيآازة يمكن رفعها لاسترداد الحيآازة العرضية (٢٩) .

٣٦٥ - شروط الحيآازة القانونية :

لا يكفى أن تكون الحيآازة قانونية حتى يمكن حمايتها بدعاوى
الحيآازة ، وانما يلزم فضلا عن ذلك أن يتوافر فى الحيآازة الشروط
الآتية :

٥٩٧ من ٥٢٩ وما بعدها . لبيب شنب - من ١٣٧ معبد وعبد الوهاب
العشمائى من ٦٣١ بند ٥٥٥ . رمزى سيف بند ١١٩ - من ١٤٩ وما بعدها -
أحمد أبو الوفا بند ١٣٠ من ١٢٨ . عبد الباسط جمعى - من ٣٦٥ -
فتحى والى الوسيط من ١٠٣ . وجدى راغب من ١٤٦ - وكان القانون
المدنى المصرى الملقى يعتنق صراحة نظرية الحيآازة القانونية بمعصريرها
فيا عدا دعوى الاسترداد ولما صدر القانون المدنى الحالى فقد عدل عن
موقفه السابق وأجاز للآائز بالنيابة رفع دعوى الاسترداد ، كما أباح
للمستآجر أن يرفع باسمه جميع دعاوى اليد - الأمر الذى أدى بالبعض
(عبد المنعم الشرتاوى بند ٤٦ من ٦٧ - ٦٨) الى القول بأن الشرع قد
اعتنق النظرية المادية فى الحيآازة . انظر فى عرض الرأى ونقده عبد المنعم
البدراوى بند ٤٩٧ . رمزى سيف بند ١٢٠ من ١٥١ وما بعدها .
(٢٨) مع ملاحظة أن هناك من يرى أن المستآجر لا يستطيع رفع
دعاوى اليد فى مواجهة المؤجر (نقض ١٩٧٦/٥/٥ مجموعة النقض من ٢٧
من ١٠٦٣) .
(٢٩) نقض ١٩٨٧/٢/١٢ فى الظن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ ق .

١ - الاستمرار :

يجب أن تكون حيزة الحائز مستمرة *continuc* مدة سنة فلا يكفي أن يقوم الحائز بالأعمال المادية التي يقوم بها عادة صاحب الحق باعتباره كذلك مرة واحدة . وانما يلزم أن يستمر فى هذه الأعمال على النحو الذى تقتضيه طبيعة العقار . ولا يلزم أن يستعمل الحائز العقار دون انقطاع ، وانما يكفي فحسب أن يكون استعماله له مثل استعمال صاحب العقار عادة (٣٠) . ويستطيع الحائز أن يضم الى حيازته مدة حياة سلفه وفى ذلك تنص المادة ٩٥٥ على انه يجوز للخلف الخاص أن يضم حيازته الى حياة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر (٣١) . وعلى ذلك فإذا لم يتوافر الاستمرار على هذا النحو لم نكن بصدد حيازة بالمعنى الصحيح وذلك لتخلف ركنها المادى . ولكن ذلك لا يعنى أن فقد الحيازة مدة معينة من شأنه هدمها كلية ، فالمرشح ينص على أن الحيازة لا تنقضى اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقضى (٣٢) . ولكنها تنقضى اذا استمر هذا المنع سنة كاملة ، وكان ناشئا عن حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز أو دون علمه (م ٩٥٧ مدنى) .

ويقع على المدعى عبء اثبات استمرار حيازته مدة السنة ، ويكفيه اثبات بدء حيازته للحق وأنه كان حائزا عند وقوع الاعتداء ، فتفترض حيازته فى الفترة بين الواقعتين (٣٣) .

(٣٠) فتحى والى - الوسيط - ص ١٠٤ - وجدى راغب ص ١٧٠ .
عبد المنعم البدرائى - بند ٥١٥ فقد يقضى استعمال الأرض للزراعة
مركها بعض الوقت مثلا . انظر كذلك حكم ١٩٧٣/٢/٨ ص ٢٤ ص ١٧٥
(٣١) وهذا يفترض أن حيازة السلف كانت صالحة لانتاج الاثر الذى
يتبسط به الخلف الخاص ، وأن تكون قد انصبت على ذات الحق الذى يحوزه
(عبد المنعم البدرائى - ص ٥٦٦) نقض ١٩٧٦/٦/٣٠ ص ٢٧ ص ١٤٦٢
(٣٢) طالما كان هذا المانع ليس ناشئا عن حيازة جديدة . كما لو طفى
الفيضان على الأرض او حالت قوة قاهرة أخرى دون حيازة الشيء كاحتلال
العدو (عبد المنعم البدرائى - ٥٦٢ - ٥٦٣) .
(٣٣) فتحى والى - الوسيط - ص ١٠٦ وجدى راغب ص ١٤٨ .

٢ - الهدوء : paisible

يشترط في الحيابة ثانيا أن تكون هادئة أى غير مشوبة بعنف أو اكراه ، violence ، فإذا نزع الحائز في حيازته ، واستمرت هذه المنازعات حولها فإن الحيابة لهذا تكون معيبة ولا يجوز حمايتها ، ولكن اذا اكتسبت الحيابة بالقوة ثم استقرت بعد ذلك هادئة فتصبح الحيابة صحيحة منذ الوقت الذى أصبحت فيه هادئة ، وتحسب مدة السنة منذ هذا الوقت (٢٤) . ولكن لا يقصد بالاكراه الذى يعيب الحيابة استخدام القوة المادية ، وانما يتحقق ولو باستخدام الاكراه المعنوى كالتهديد أو الزهراب (٣٥) . كما ان الاكراه عيب نسبي بمعنى ان الحيابة لا تعتبر معيبة به الا بالنسبة لمن وقع عليه الاكراه ، أى من استعمل الحائز ضده اعمال العنف والتهديد في سبيل كسب الحيابة ، فلا يكون للحائز أن يتمسك بحيابته قبل هذا الشخص .

٣ - الظهور : publique

بمعنى ان تكون حيابة الحائز علنية ظاهرة ، فان كانت خفية clandestine ، فانها تكون معيبة ولا تقبل حمايتها بدعاوى الحيابة (٣٦) . مع ملاحظة أن هناك من الحقوق العينية الأصلية ما لا تقبل بطبيعتها سوى الحيابة غير المستمرة أو الخافية مثل الارتفاقات غير المستمرة مثل المرور أو الشرب ، أو الارتفاقات غير الظاهرة مثل الارتفاق بعدم البناء . وقد رأينا أن الرأي السائد يذهب الى عدم حماية

-
- (٣٤) فتحى والى - الأسارة السابقة . وجدى راغب الأسسارة السابقة . عبد الباسط جيمى ص ٣٦٦ احمد مسلم - ص ٣٥٧ مامش (٢) . عبد النعم البدراوى - ص ٥٧٣ بند ٥١٦ . لبيب شنب بند ١٣٣ ص ١٢٤ - ١٣٥ . وقارن نقض ١٩٧٥/١/١٤ ص ٢٦ ص ١٥٣ والذى قالت فيه « ان التمدي الواقع على الحيابة بعد بدئها هادئة ويمتعه الحائز لا يشوب تلك الحيابة التى تظل هادئة رغم ذلك » .
- (٣٥) عبد الباسط جيمى - الاشارة السابقة . لبيب شنب - بند ١٣٣ ص ١٣٤ .
- (٣٦) عبد النعم البدراوى - بند ٥١٧ ص ٥٧٤ - ٥٧٥ . لبيب شنب بند ١٣٤ ص ١٣٥ .

هذه الحقوق غير الظاهرة أو غير المستمرة بدعاوى الحيازة ، الا أن تكون
حذو الارتفاقات مقررة اتفاقاً أو قانوناً .

٤ - الوضوح ؟

يجب أخيراً فى الحيازة أن تكون واضحة غير مشوبة بلبس أو
غموض *équivoque* بمعنى أن شكا لدى من يحتج عليه بالحيازة
لا يثور حول معرفة ما إذا كان الحائز يحوز لحسابه أو بالنيابة عن الغير .
وهذا الشرط يتعلق بالعنصر المعنوى للحيازة . وعلى ذلك إذا توفى
المورث وترك عقاراً فى حيازة أحد ورثته واستمرت هذه الحيازة ، فإنها
تكون حيازة غامضة ، نظراً للشك الذى يثور حول نية حيازة الوارث ،
فهـل يحوز بوصفه مالكا للعقار ، أم أن العقار جزء من تركة هو
شريك فيها . وكذلك حيازة الشريك على الشيوع تعتبر حيازة غامضة
نظراً للشك الذى يثور حول نية حيازة الشريك ، هو يحوز العقار بوصفه
مالكا للعقار ، أم أنه يحوز بوصفه نائباً عن باقى الشركاء (٣٧) . ولكن
إذا وضع الشريك على الشيوع يده على جزء مفرد من العقار ، كان له
أن يحمى حيازته من الاعتداء عليها بدعاوى الحيازة سواء كان الاعتداء
من الغير أو من المالك الآخرين على الشيوع (٣٨) .

مما تقدم يتضح أن الحيازة التى يحميها القانون لذاتها ، بدعاوى
الحيازة هى تلك الحيازة القانونية بعنصرها المادى والمعنوى ، مستكملة
شرايطها ، الاستمرار والظهور والهدوء والوضوح فى الحدود المتقدمة ،
وعلى المدعى اثبات توافر حيازته هذه . ويكفيه أن يثبت سيطرته سيطرة

(٣٧) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ سى ٢٠ هـ ١٣٣٨ ، غير أن محكمة
النقض تد عادت وقررت أن وضع اليد على عقار مفرد أو حصة شائعة
فيه يؤدى الى الاعتراف للشريك على الشيوع اقامة دعاوى الحيازة لدفع
التعرض الواقع له ايا كان المتعرض ولو كان أحسد شركائه على الشيوع
(نقض ١٩٨٨/١١/١٦ الطعن ٧١١ لسنة ٥٨ ق ، نقض ١٩٧٨/٤/١٩
سى ٣٠ هـ ١٤١) .

(٣٨) فتحى والى - الوسيط ص ١٠٧ - ١٠٨ . رمزى سيف بند ١٢١
سوليس ويبو ج ١ بند ١٩٧ ص ١٧٥ - ١٧٦ . نقض ١٩٧٤/١٢/٣
سى ٢٥ هـ ١٣٢٤

مادية على العقار مدة سنة حتى يفترض فيه أنه الحائز حيازة قانونية مستوفية شرائطها الأخرى . وعلى من يدعى عيبا من عيوب الحيازة فعليه اثباته (٣٩) . علما بأن الحيازة واقعة مادية يجوز اثباتها بطرق الاثبات كافة (٤٠) .

٣٦٦ - الحيازة التي يحميها الشرع الاسلامى :

واذا كانت الحيازة التي تحميها الانظمة الوضعية هي الحيازة القانونية المستوفية شروطها السابقة ، فان شريعة الاسلام لا تحمى الا الحيازة المعتبرة شرعا أى الحيازة الشرعية - التي استكملت ركناتها المادى والمعنوى ، من سيطرة على العين والتصرف فيه بنية الملك والاستحقاق ، وفقا لطبيعة الشيء المحاز .

كما اشترط فقهاء الاسلام فضلا عن ذلك شروطا فى الحيازة هي نفسها التي تحدثنا عنها فيما سبق ، فاشترطوا فيها أن تكون هادئة ظاهرة واضحة مستمرة المدة التي حددها ، وأن اختلفوا فى تقديرها . وزاد الفقه الاسلامى على ذلك حتى تسمع دعوى الحائز حضور مالك المال المحاز بالبلد الموجود به المال المحاز مع علمه بملكه للمال وبحيازة الحائز له وتعرفه عليه ، وسكوته وعدم اعتراضه طوال المدة التي حددها .

ومما تجدر الاشارة به أن الفقه الاسلامى لم يفرق فى حماية الحيازة ، بين حيازة المنقول وبين حيازة العقار . كما أنه يحمى الحيازة بحسبانها قرينة ودليل على الحق ، وأن حمايتها هي فى ذاتها حماية للحق الاصلى فى ذاته . ومن هنا لم يخص الفقه الاسلامى الحيازة بدعاوى خاصة تختلف عن دعاوى الحق ، وانما الدعوى التي تحمى الحيازة هي نفسها الدعوى التي تحمى الحق . حيث ان هناك من يطلق على الحيازة فى الفقه الاسلامى عبارة الحق أى أنها « حق مقصود » (٤١)

(٣٩) فتحي والى - ص ١٠٨ . عبد المنعم البجراوى - ص ٥٤٤

- ٥٤٥ -

(٤٠) نقض مئتم ١٠/٦/١٩٦٩ ص ٢٠ ، ص ٩٠٣ ١٦٤/٢/١٩٦٩

ص ٢٠ ، ص ١٢٦٧

(٤١) انظر تفصيلا مؤلفنا - اجراءات التقاضى والتنفذ ، ص ٦٤ - ٦٥

بند ٣٨ والمراجع التي اشرنا اليها . فى هامش ٣٤ .

الفرع الثانى علة حماية الحيابة ونطاقها

١ - الحكمة من حماية الحيابة

٣٦٧ - اذا كانت الانظمة المختلفة تحمى الحيابة لذاتها ، بغض النظر عن استنادها على حق أو عدم استنادها على أى حق ، فان هذه الانظمة تفعل ذلك تحقيقاً لاعتبارين هما (٤٢) :

١ - حماية المصلحة العامة :

وجد المشرع فى حماية الحيابة لذاتها ما يؤدى الى تحقيق المصلحة العليا للمجتمع . لأن فى حمايتها وحل مشاكلها عن طريق القضاء ما يحقق الاستقرار ، وما يؤدى اليه من حفظ الأمن والنظام العام ، ولو ترك الأمر للأفراد ، لادى ذلك الى فتح باب الصراع واستخدام العنف ، الأمر الذى يهدد السلام والأمان للمواطنين ، فالحائز ولو كان مغتصباً فى بداية الأمر ، ولكنه استمر فى حيازته حيابة ظاهرة هادئة ، فانه يكون جديراً بالحماية ، وليس من المستساغ أن يترك صاحب الحق المغتصب يستأدى لنفسه ، ويعتدى على حيابة الحائز ، ولو كان مغتصباً بالفعل ، بحجة الدفاع عن حقه واسترداده ، والا كان فى ذلك عودة الى نظام القضاء الخاص . وانما يكون لصاحب الحق أن يلجأ الى القضاء طالباً تأكيد حقه واسترداد العقار من الحائز ان كان مغتصباً .

٢ - حماية المصلحة الخاصة للحائز :

تؤدى حماية الحيابة لذاتها أيضاً الى تحقيق المصلحة الفردية للحائز ، لأن الحيابة تخوله ميزات عديدة وحماية حيازته يحقق له الانتفاع الفعلى بهذه الميزات ومنها :

(٤٢) رمى سيف - بند ١١٧ من ١٤٦ - ١٤٧ . وجدى راغب
ص ١٤٠ وما بعدها ، احمد مسلم - ص ٣٣٨ وما بعدها - بند ٣١٠ . احمد
أبو الوفا - بند ١٣٢ ص ١٢٩ - ١٣١ . فتحي والى - الوسيط ص ١٠١
بند ٥٠ . محمد كبيب شنب - موجز الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٤
ص ١٢٧ - ١٢٨ بند ١٢٦ عبد المنعم الببراوى - المرجع السابق ص ٥٣١ .
سوليس وييرو ج ١ بند ١٥٤ ص ١٤١ - ١٤٢ .

الحيازة هي وسيلة الحائز فى ممارسة الحق :

إذا كان الحق العينى سلطة مباشرة لشخص على شيء محدد ،
فالحيازة تكون وسيلته لممارسته سلطاته المقررة على الحق . وحرمانه
من هذه الحيازة يؤدى الى حرمانه من مزايا الحق (٤٣) .

الحيازة قرينة على الحق :

ان حماية الحيازة يؤدى الى حماية الحق ذاته ، والتجاء صاحب
الحق الى حماية الحيازة يؤدى الى تحقيق حماية حقه بطريقة سهلة ،
خاصة وان المشرع يجعل من الحيازة قرينة على الملكية حتى يقوم الدليل
للعكس (م ٩٦٤ مدنى) ، وبهذا فان الحائز لا يقع عليه عبء اثبات
ملكيته للحق ، لانه يعد فى نظر القانون مالكا له طالما كان حائزا له ،
ولكن يقع عبء الاثبات العكس على مدعى هذا العكس .

الحيازة سبب لتملك الحق :

ينص المشرع على أن من « حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون
مالكا له ، او حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق
خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى اذا استمرت
حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » (٩٦٨ مدنى) . فكان الحيازة
بذلك قد تؤدى الى تملك الحق محل الحيازة متى توافرت الشروط التى
يحددها القانون فى هذا الصدد (٤٤) .

٣ - نطاق حماية الحيازة :

رأينا أن المشرع لا يحمى بدعاوى الحيازة الا الحقوق العينية الواردة
على العقار . ويترتب على ذلك ما يلى :

(٤٣) وجدى رافب - مبادئ الخصومة ص ١٦٥ - ومبادئ
البضام ص ١٤٣ .
(٤٤) راجع نقض ١٩٦٩/٦/١٠ ص ٢٠ ، ٩٠٣ ، ١٩٦٩/٦/٤ ،
نفس السنة ص ٨٥٨ ، ١٩٧٥/١/١٤ ص ٢٦ ، ١٥٣ ، ١٩٧٦/٣/٢٣ ،
ص ٢٧ ، ص ٧٢٨ ، ١٩٧٦/٦/٣٠ نفس السنة ص ١٤٦٢

١ - عدم حماية الحقوق الشخصية :

فإذا كانت دعاوى الحيازة لا تحمي الا الحقوق العينية ، فان الحقوق الشخصية ولو تعلقت بنقار ، لا يمكن أن تكون محلا لدعوى الحيازة (٤٥) . وحكمة ذلك أن الحيازة هي السيطرة الفعلية على شيء محدد ، أما الحق الشخصي فهو مجرد رابطة قانونية بين شخصين ، فهو لا يخول صاحبه سيطرة مادية على شيء معين . وإذا كانت هذه هي القاعدة ، فان المشرع قد خرج عليها بالنسبة لمستاجر العقار ، بالرغم من اعتباره صاحب حق شخصي (٤٦) ، اذ تنص المادة ٥٧٥ مدنى على حق المستاجر فى رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه (٤٧) .

٢ - عدم حماية الحقوق العينية الواردة على المنقول :

لا يحى المشرع بدعاوى الحيازة الحقوق العينية الواردة على المنقول ، ذلك لأن حيازة هذه الحقوق تختلط بملكيته ، ومن ثم فانها تحى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، فهى تحى الحق والحيازة معا (٤٨) .

٣ - عدم حماية الأموال التى لا تقبل ان تكون محلا للحق العينى :

إذا كان المشرع لا يحى الا حيازة الحقوق العينية العقارية ، فان ذلك يستلزم أن يكون العقار محل الحق من العقارات التى لا تقبل لأن تكون محلا للحق العينى ، فإذا لم يكن العقار قابلا لأن يكون محلا للحق العينى المدعى بحيازته ، فلا تجوز حمايته بدعوى الحيازة ،

(٤٥) سوليس وبيرو ج ١ بند ١٥٨ ص ١٤٥ .

(٤٦) انظر فى التكييف القانونى طعن المستاجر - سنيوت حايم دوس ، مجلة القضاة ، ص ١٩ - العدد الأول ١٩٨٦ ص ١٣٣ وما بعدها .
(٤٧) وان كان الرأى يتجه الى أن المستاجر لا يستطيع حماية حيازته بدعوى الحيازة فى مواجهة المؤجر ، وإنما عليه سلوك سبيل دعوى العقد (نقض ١٩٧٦/٥/٥ ص ٢٧ من ٢٠٦٣) . فنسنان بند ٤٩ مكر ٧٥
(٤٨) سوليس وبيرو ج ١ بند ١٥٩ ص ١٤٦ - ١٤٧ . رمزى سيف بند ١١٦ ص ١٤٦ . فنسنان وجونشار ، بند ٨٣ ، ص ٨٩ .

مثل الأملاك العامة (٤٩) ، والعقارات التى تعتبر فى حكم ملك الله
كالمساجد والأضرحة (٥٠) .

ولكن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، فيمكن أن تكون
محددة لدعوى الحيازة من جانب الأفراد . وكذلك الأملاك العامة من
جانب الدولة .

وإذا ما كان الحائز يدعى حيازته لحق عينى أصلى على عقار ،
فى الحدود المتقدمة ، كان له رفع دعوى الحيازة لحمايته ، سواء كان
الحق العينى حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى
كالانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق (٥١) . وسواء كان العقار
المدعى بحيازته عقاراً بطبيعته أم عقاراً بالتخصيص (٥٢) .

(٤٩) نقض ١٩٨٧/٦/٢٥ فى الطعن ٣٥٣ لسنة ٥٤ ق ،
١٩٨٥/٤/١٠ فى الطعن ٦٨٠٢ لسنة ٥١ ق .

(٥٠) وفى ذلك يذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقار حتى يمكن حماية
حيازته لابد أن يكون مما يجوز تملكه بالتقادم أى جائز التعامل فيه . فالأحكام
العامة لا تجوز حماية حيازتها بالنسبة لمن يدعيها . أما الدولة فلها رفع كافة
دعوى الحيازة بالنسبة لهذه الأموال (محمد وعبد الوهاب العشماوى
بند ٤٩٥ ص ٦٢١ - ٦٢٢ . رمزى سيف بند ١٢٢ ص ١٥٥ . أحمد أبو الوفا
بند ١٣٨ ص ١٣٦ . عبد المنعم الشرقاوى شرح بند ٥٢ ص ٨٢ ، نقض
١٩٧٤/١/١٧ ص ٢٥ (١٧٤) . قارن وجدى راغب . مبادئ الخصومة -
ص ١٦٧ . فتوى والى الوسيط ص ١٠٩ هامش (٥) والذي يرى عدم
اشتراط أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم ، لأنه ليس فى طبيعة
الحيازة أو نصوص القانون ما يستوجب ذلك وينتهى إلى أن العقار إذا كان
يقتل أن يكون محلاً لحق عينى فيحتمل هذا الحق بدعوى الحيازة ولو منع
القانون تملكه بالتقادم .

(٥١) ويذهب جمهور الفقه بالنسبة لحقوق الارتفاق ، إلى ضرورة
أن تكون من الحقوق الظاهرة المستمرة حتى يمكن حمايتها بدعوى الحيازة ،
فإن كان غير ذلك فإنه لا يجوز تملكه بالتقادم ومن ثم لا يحسم الانتفاع به عن
طريق دعوى الحيازة . باستثناء ما إذا كان حق الارتفاق غير الظاهر مقدراً
بالاتفاق أو بنص القانون (رمزى سيف - الإشارة السابقة - أحمد أبو الوفا
الإشارة السابقة . عبد المنعم الشرقاوى ، الإشارة السابقة ، محمد
وعبد الوهاب العشماوى ص ٦٢٢ - ٦٢٣ بند ٤٩٦) . قارن وجدى راغب -
الإشارة السابقة ، فتوى والى - الإشارة السابقة .
(٥٢) محمد وعبد الوهاب العشماوى - بند ٤٩٤ ص ٦٢١ .

المطلب الثانى

الحماية المدنية للحيازة

دعاوى الحيازة

٣٦٨ - تحديد :

رأينا فيما سبق أن النظام المصرى يحمى الحيازة لذاتها ، مستقلة عن الحق محل الحيازة . وينظم لحمايتها طريقا أصيلا هو الطريق المدنى عن طريق الدعاوى التى نظمها وأجاز للحائز استخدامها دفاعا عن حيازته عند الاعتداء عليها ، أو حتى عند التهديد بهذا الاعتداء . وهذه الدعاوى هى ما تعرف بدعاوى الحيازة *Les Actions possessoires* التى وضع قواعدها فى القانون المدنى ، وترك إجراءات استخدامها وقواعده بقانون المرافعات .

ودراسة علمية للطريق المدنى لحماية الحيازة تقتضى منا الحديث عن الشروط الواجب توافرها لقبول دعاوى الحيازة ، ثم الحديث عن طبيعتها ونظامها القانونى ، وذلك فى فرعين قادمين :

الفروع الأول

شروط دعوى الحيازة

٣٦٩ - تمهيد وتحديد :

إذا كان المشرع المصرى قد اعترف بحماية الحيازة مدنيا لذاتها . واعترف للحائز بحق حمايتها عن طريق دعاوى الحيازة ، فإن المشرع قد حدد شروطا يجب توافرها لوجود هذا الحق والا كانت الدعوى غير مقبولة . ودعوى الحيازة ، شأنها شأن غيرها ، يجب لقيامها أى لقبولها توافر الشروط العامة فى الدعوى عموما من مصلحة وصفة ، وعدم انقضاء الحق فيها لأى سبب من الأسباب ، مثل سبق الفصل فيها أو التنازل عنها .

وبالإضافة الى الشروط العامة لقبول دعوى الحيازة ، فان الانظمة عادة تشترط لقبولها شروط خاصة بها .

ومما تجدر به الإشارة فى هذا المقام أن المشرع المصرى قد نظم ثلاثة انواع من دعاوى الحيازة ، هى دعوى منع التعرض ، ودعوى الاسترداد ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، وخص كل منها بقواعد متميزة عن الأخرى ، إلا أن هذه الدعاوى فى الواقع - رغم ما بينها من اختلاف - هى صورة لدعوى واحدة هى دعوى الحيازة ، لأنها تستهدف جميعاً هدفًا واحدًا هو حماية الحيازة لا الحق . وعليه سوف نتحدث فحسب عن دعوى الحيازة مجردة من اسمها المعروفة به ، على أساس أنها - جميعاً - تخضع لقواعد واحدة ونظام اجرائى واحد إلا من بعض القواعد اليسيرة المميزة لكل منها ، والتي سوف نشير إليها فى موضعها .

وينقسم هذا الفرع لذلك الى غصنين : نتكلم فى الأول عن الشروط العامة لدعوى الحيازة ، ثم عن شروطها الخاصة فى الثانى .

الغصن الأول

الشروط العامة لدعوى الحيازة

٣٧٠ - شرطان :

يشترط لوجود الحق فى دعوى الحيازة أيا كانت تسميتها ، توافر ما يشترط لوجود الحق فى الدعوى عموماً من شروط ايجابية ، وشروط سلبية ، أى أن يكون لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون ، وأن تكون له صفة فى رفعها وأن ترفع على من تتوافر فيه الصفة السلبية . وفضلاً عن ذلك يجب ألا يكون قد سبق الفصل فيها أو تم التنازل عنها أو الصلح بشأنها .

ونقتصر فى هذا المقام على شرطى المصلحة والصفة فى دعوى الحيازة لما قد يكون لهما من مدلول خاص فى هذا الشأن ، تاركين الشروط السلبية العامة لما سبق أن ذكرناه بشأن الدعوى عموماً ، وذلك لعدم رجوع ما يبرر الحديث عنها فى هذا الموضع .

أولا - المصلحة فى دعوى الحيابة

٣٧١ - تعريفها :

إذا كانت المصلحة عموما هى الفائدة العملية التى تعود على المدعى - بفرض صحة دعواه - من الحكم له بطلباته . فإن المصلحة فى دعوى الحيابة لا تخرج عن هذا المعنى ، فهى الفائدة العملية التى تعود على الحائز - بفرض صحة دعواه - من الحكم له بحماية حيازته . والشخص لا نكون له هذه المصلحة الا اذا كان يدعى حقا أو مركزا قانونيا يحميه القانون ، تم الاعتداء عليه أو هدد بالاعتداء عليه . وعلى ذلك فلكى نوجد المصلحة فى دعوى الحيابة يلزم ان يكون الحائز حائزا حيابة يحميها المشرع ، تم الاعتداء عليها أو مهدد بالاعتداء عليها . أى يجب أن تكون المصلحة قانونية ، وأن تكون واقعية وفقا للمادة ٣ مرافعات .

٣٧٢ - (١) المصلحة القانونية فى دعوى الحيابة :

إذا كان المشرع يحمى الحيابة لذاتها بغض النظر عن استنادها الى حق ، فانه لا يحمى الا حيابة معينة ، هى الحيابة القانونية بعنصريها المادى والمعنوى ، المستوفية لشرائطها القانونية ، من وضوح وظهور وهدوء واستمرار مدة سنة . وعلى ذلك فلكى توجد المصلحة القانونية المبررة لوجود الحق فى دعوى الحيابة ، فلا بد أن يتمسك الحائز بحيابة يحميها القانون ، أى حيابة قانونية مستوفية لشروطها . والا كانت دعواه غير مقبولة . لأن المشرع لا يحمى الحيابة العرضية كقاعدة (٥٣) ، ولا يحمى الحيابة المعيبة .

واذا كانت هذه هى القاعدة فقد خرج عليها المشرع فى حالتين اعترف نيهما بحماية الحيابة العرضية :

(٥٣) على أن ذلك قاصر على دعوى منع التمرض (نقض مدنى ١٩٨٧/٦/٢٥ فى الطعن ٣٥٣ لسنة ٥٤ ، ١٩٨٥/٤/١٠ فى الطعن ٦٨٠٢ لسنة ٥١ ق) ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

١ - اذا كان مدعى الحيازة مستاجرا :

نصت المادة ٥٧٥ من القانون المدنى على حق المستاجر فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد ، اى دعاوى الحيازة . فوفقا لهذا النص يكون للمستاجر وهو حائز عرضى أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة . فالحيازة المادية بالنسبة للمستاجر تكفى لقبول دعوى حمايتها اذا قامت به الحاجة الى هذه الحماية وتوافرت شروط الدعوى الأخرى .

٢ - اذا كانت الدعوى المرفوعة دعوى استرداد La réintégrande

خرج المشرع المصرى بالنسبة لدعوى الاسترداد على ما اشترطه فى الحيازة التى يحميها بدعاوى الحيازة . حيث أنه أجاز رفع دعوى الاسترداد ولو كانت حيازة رافعها حيازة عرضية ، كما أنه أجاز رفعها ولو لم تكن حيازة المسترد قد استمرت مدة سنة ، على التفصيل الآتى :

★ تكفى الحيازة المادية لقبول دعوى الاسترداد :

تنص المادة ٢/٩٥٨ من القانون المدنى على أنه « يجوز أن يسترد من كان حائزا بالنيابة عن غيره » وعلى ذلك يكون الحائز العرضى كالوصى أو الحارس جدير بحماية حيازته بدعوى الاسترداد عند سلبها ، وفى ذلك تقرر محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة ، وهى تقوم اصلا على الاعتداء غير المشروع ، لا يشترط لقبولها توافر نية التملك عند واضع اليد بل يكفى لذلك أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعلياً قائما فى حالة وقوع الغصب (٥٤) . بشرط أن تكون حيازته المادية قبل سلبها هادئة ظاهرة واضحة مستمرة .

★ لا يلزم أن تستمر حيازة المسترد مدة سنة :

اذا كانت القاعدة أن المشرع لا يحمى الا الحيازة القانونية الواضحة الظاهرة الهادئة التى استمرت مدة سنة سابقة على الاعتداء الواقع عليها ، فان المشرع قد خرج بالنسبة لدعوى الاسترداد على شرط استمرار الحيازة

(٥٤) نقض ١٩٨٧/٢/١٢ فى الطعن ١٣١٢ لسنة ٥٢ ق ،
١٩٨٧/٥/٢١ فى الطعن ٢١٣٢ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨١/١/١ س ٣٢
ص ٨٩ ، ١٩٨٢/٥/٣١ س ٣٣ ص ٦٣٢ .

مدة سنة، وأجاز رفع دعوى استرداد الحيابة ولولم تستمر مدة سنة سابقة على سببها فى حالتين (٥٥) .

★ اذا كانت الحيابة قد سلبت بالقوة :

فاذا كانت الحيابة قد سلبت بالقوة أى بالاكره المادى أو المعنوى ، فيكون لمن سلبت حيابته أن يرفع دعوى الاسترداد ولو لم تكن حيابته قد استمرت مدة سنة .

★ اذا كانت حيابة المدعى أفضل من حيابة المعتدى :

الفرض فى هذه الحالة أننا أمام حيازتين ، احدهما حيابة المدعى والاخرى حيابة المعتدى الذى سلب حيابة الاول . والفرض أن حيابة كل منهما لم تستمر سنة كاملة . فما هى الحيابة الجديرة بالحماية فى هذا الخصوص ؟

وضع المشرع فى المادة ٩٥٩ مدنى أسلوب اختيار الحيابة الجديرة بالحماية فى هذا الفرض . فقد اختار المشرع الحيابة الأفضل . والحيابة الأفضل هى التى تستند على سند قانونى دون الأخرى . وإذا قدم الخصمان مستندات متعادلة لحيابتهما أو لم يقدم اية مستندات ، فإن الحيابة الأفضل تكون هى الحيابة الأسبق فى تاريخها على الأخرى .

من هذا يتضح أن المشرع قد وضع معيارين لاختيار الحيابة الأفضل ، ولا يجوز للقاضى اللجوء الى المعيار الثانى الا اذا لم يستطع تطبيق المعيار الاول بسبب تعادل سندات الخصمين أو عدم وجودها .

وعلى ذلك فاذا كانت حيابة المدعى هى الحيابة الأفضل وفقا لى من المعيارين ، كانت دعواه مقبولة ولو لم تستمر مدة حيابته سنة كاملة .

(٥٥) نقض ١٩٨٧/٥/٢٠ الطعن ٢١٣٢ لسنة ٥٣ ق ،
١٩٨٣/١/١ فى الطعن ٧٩٣ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة
لـ ٢٥ عاما ، ص ٩٢٨ .

نخلص مما تقدم الى أن الحيازة التى يحميها المشرع بدعوى الاسترداد هى الحيازة العرضية أما بالنسبة لدعوى منع التعرض *La complainte* أو دعوى وقف الأعمال الجديدة *denonciation de nouvel oeuvre* فيلزم لقبولهما التمسك بالحيازة القانونية المستوفية لشرائطها كاملة . فلا يجوز للحائز العرضى (الا اذا كان مستأجرا) أن يرفع دعوى منع التعرض أو وقف الأعمال الجديدة .

٣٧٣ - (ب) المصلحة الواقعية فى دعوى الحيازة :

لا يكفى أن يستند الحائز فى دعوى الحيازة على حيازة يحميها القانون ، وانما يجب أن تكون قد قامت به الحاجة الى حماية القضاء لهذه الحيازة ، أى أن يكون اعتداء قد وقع بالفعل على حيازته ، أو أن هناك احتمال للاعتداء عليها . فاذا لم يكن قد تم شيء من ذلك ، فلا يقوم له الحق فى حماية حيازته لانتفاء المصلحة الواقعية . ولما كان الاعتداء على الحيازة يتخذ سورا متعددة ، فقد يكون حالا ، وقد يكون مستملا . وفى الحالة الأولى قد يتخذ الاعتداء صورة التعرض للحيازة تعرضا قانونيا أو ماديا ، وقد يصل التعرض المادى الى حد سلب حيازة الحائز . وقد نظم المشرع ثلاث دعاوى لحماية الحيازة تلائم صور الاعتداء عليها ، مخصصا دعوى لكل صورة منها . فهناك دعوى منع التعرض لمنع التعرض الواقع على الحيازة ، وهناك دعوى الاسترداد لرد الحيازة المسلوبة ، وهناك دعوى وقف الأعمال الجديدة للوقاية من الضرر المحتمل الذى يقع على الحيازة اذا تم العمل واكتمل .

ونبين فيما يلى صور الاعتداء على الحيازة والطلب الذى يجب طلبه فى دعوى الحيازة .

٣٨٤ - ١ - الاعتداء المنشئ لطلب منع التعرض :

دعوى منع التعرض *La complainte* هى الدعوى التى يتمسك فيها المدعى بحيازته القانونية طالبا حمايتها والزام المدعى عليه بعدم التعرض له فيها . ويجب لقبولها أن يكون قد وقع على حيازته اعتداء معين ، اتخذ صورة التعرض . ويعرف التعرض بأنه كل عمل مادى أو

قانونى يتضمن انكارا لحيازة الحائز (٥٦) . فالتعرض قد يكون ماديا وقد يكون قانونيا .:

★ التعرض المادى : Trouble de fait

وهذا التعرض يتضمن عنصرين ، عمل مادى ، بقصد الاعلان عن نية من اتخذه فى استعمال حق يتعارض مع حيازة الحائز (٥٧) ، مثل اقامة بناء على أرض فضاء ، أو تصويرها ، أو زراعتها أو اعدادها لذلك ان كانت أرضا زراعية . ويعتبر تعرضا للعمل المادى الذى يقوم به الشخص على عقاره هو وليس على عقار الحائز ، ان كان العمل يعتبر تعرضا للحيازة . كما لو كان هناك ارتفاق لعقار مقرر على عقار آخر فقام صاحب أو حائز العقار الخادم باعمال من شأنها منع انتفاع حائز العقار الاول بحق الارتفاق (٥٨) . ومن أمثلة هذا التعرض ما تعرض له طبيب يستأجر عيادة فى مستشفى مكون من عدة ادوار ، وذلك من قبل ادارة المستشفى التى اتخذت قرارا بعدم السماح لمعاونى هذا الطبيب بدخول المستشفى . ويشترط فى التعرض المادى ان يكون متقطعا حتى تقبل الدعوى لمنع التعرض ، فان كان مستمرا فقد يؤدي ذلك الى سلب الحيازة التى يلزم بشأنها رفع دعوى الاسترداد وليس دعوى منع التعرض (٥٩) .

(٥٦) فتحى والى - الوسيط بند ٥٦ ص ١١٠ . وجدى راغب
ص ١٩٣ رمزى سيف بند ١٢٤ ص ١٥٦ سوليس وبيرى - بند ١٨٣ .
ص ١٦٣ جابيو بند ١٠٩ ص ١٠٠ - كوشيز بند ١٧٥ ص ١٠٤ - او كما اوردت
محكمة النقض انه هو الاجراء المادى أو القانونى الموجه الى واضع اليد على
اساس حق يتعارض مع حق واضع اليد ، نقض ١٦/١/١٩٧٩ فى الطعن
٧١١ لسنة ٤٦ ق .

(٥٧) جابيو - بند ١٠٩ ص ١٠٠
(٥٨) انظر جابيو - الاشارة السابقة . فتحى والى - الاشارة
السابقة .

(٥٩) فتحى والى - الاشارة السابقة . وجدى راغب - ص ١٩٣ .
عبد الباسط جيمى ٣٦٧ . قارن رمزى سيف ص ١٥٦ بند ١٢٤ الذى يرى
ان التعرض المادى يقع بفعل مادى يحرم الحائز من حيازته للعين أو يعطل
انتفاعه بالحيازة تعطىلا كلبلا أو جزئيا كسلب الحيازة . وعبد النعم الشرقاوى
نرح بند ٥٥ ص ٨٩ الذى يعرف التعرض بأنه الفعل الذى يترتب عليه
تد الحيازة المادية ذاتها أو فقد الحيازة لشرط الظهور أو الهدوء أو الوضوح .

وانما لابد لرفع دعوى منع التعرض أن يكون من شأن التعرض الذى تم مجرد تعطيل الانتفاع بالحيازة . كما يجب فى التعرض أن يتضمن انكارا لحيازة الحائز (٦٠) وأن يكون التعرض قد تم بطريق غير مشروع ، نال يعد تعرضا وضع الغير أدوات معينة فى أرض الحائز برضائه ، كذلك لا يعتبر تعرضا الأعمال التى تتخذ لتنفيذ حكم قضائى ، كما لا يعتبر تعرضا الأعمال المستندة الى قرار ادارى ، لأن دعوى منع التعرض تؤدي الى وقف تنفيذ القرار الادارى وهو ما لا يدخل فى ولاية القضاء المدنى (٦١) .

ولا يشترط فى التعرض أن يكون قد تم بطريق العنف أو الاكراه ، كما لا يشترط فيه أن يكون ضارا بالحائز طالما يتضمن انكارا لحيازته ، مثل اعداد الأرض للزراعة أو اعداد المسكن للسكنى ، كما أن العمل قد يكون ضارا ومع ذلك لا يعتبر تعرضا مثل سرقة محاصيل من أرض الحائز ليلا (٦٢) .

Trouble juridique

★ التعرض القانونى :

هو العمل القانونى الذى يتضمن انكارا لحيازة الحائز أو المنازعة بشأنها (٦٣) كالانذار الذى يوجه الى الحائز باخلائه للعقار ، أو بدفع الأجرة الى المئزر أو الانذار الذى يوجه من المتعرض الى المستأجر من

(٦٠) رمزى سيف - ص ١٥٧ بند ١٢٤ . وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ١٧١ - سوليس وييرو ج ١ ص ١٦٣ . فنسان بند ٦٠ ص ٧٩ .

(٦١) وجدى راغب - الاشارة السابقة ، فتحى والى - ص ١١٢ - ١١٣ ، نقض ١٩٧٣/٣/٢٢ ص ٢٤ ص ٤٧٠ ، ١٩٧٣/٣/١٥ ، ص ٢٤ ، ص ٤٣٥ . ١٩٧٨/٢/٢٦ فى الطعن ٤٠٦ لسنة ٤٥ ق . (٦٢) رمزى سيف - الاشارة السابقة ، فتحى والى - الاشارة السابقة ، عبد النعم الشريتاوى بند ٥٥ ص ٨٩ . (٦٣) رمزى سيف - الاشارة السابقة - وجدى راغب ص ١٧٢ . أحمد مسلم - ص ٣٦٣ ، فتحى والى - ص ١١١ بند ٥٦ ، سوليس . بند ١٩٤ ، ص ١٦٣ - جابيو بند ٩٠ ص ١٠١ . عبد الباسط جميعى ص ٣٦٨ .

الحائز طالبا عدم دفع الأجرة للحائز ودفعها الى موجه الانذار ، ويعتبر تعرضا قانونيا رفع دعوى الحيازة على الحائز . أما دعوى الحق فنظرا لأنها لا تعنى انكار الحيازة فلا تعتبر تعرضا قانونيا للحائز اذا ما رفعت عليه (٦٤) .

٣٧٥ - (٢) الاعتداء المنشئ لطلب استرداد الحيازة المسلوقة :

دعوى الاسترداد *l'a réintégrade* هي الدعوى التى يتمسك بها الحائز بحيازته (المادية أو القانونية) طالبا الزام المدعى عليه بردها اليه . ويشترط لقبولها اذن أن تكون حيازة الحائز قد سلبت كلياً *depossession* ، أى أن فعل الاعتداء قد أدى الى حرمان الحائز من الانتفاع الكامل بحيازته ، فان كان الحائز يدعى حرمانه من حق ارتفاق لعقاره على عقار فى حيازة الغير ، فلا تجوز دعوى الاسترداد فى هذه الحالة ، وانما يكون للحائز ان أراد - رفع دعوى منع التعرض (٦٥) . ويتحقق السلب بطرد الحائز من العقار الذى يحوزه واستيلاء الغير عليه . ويجب فى سلب الحيازة المستوجب لرفع دعوى الاسترداد ان يكون قد تم بطريق غير مشروع . نتيجة عمل لا سند له من القانون . وعلى ذلك لا يعتبر سلبا للحيازة تخلى الحائز بإرادته عن الحيازة (م ٩٥٦ مدنى) ، كما لا يعتبر سلبا للحيازة ، اذا كان قد تم تنفيذا لحكم قضائى ، فالتنفيذ الجبرى المؤدى الى فقد احد أطراف السند التنفيذى لحيازته لا ينشئ له الحق فى رفع دعوى استرداد الحيازة (٦٦) .

ومتى تم فقد الحيازة كلية بطريق غير مشروع كان للحائز ان يرفع دعوى الاسترداد ، سواء كان سلب الحيازة قد تم بالاكراه او القوة او

(٦٤) عبد النعم الشرقاوى - بند ٥٥ ص ٦١ - رمزى سيف بند ١٢٤

فتحى والى - ص ١١٢ .

(٦٥) رمزى سيف - بند ١٣٢ ص ١٦٦ - ١٦٧ . وان كان قد علل نك بأن الحيازة لحق الارتفاق تعتبر حيازة معنوية وليست مادية . وتدستند فى هذا التبرير الى حكم قديم لحكمة النقض صادر فى ١٩٣٦/١٠/٢٢ جاء فيه لا تقبل دعوى الاسترداد عن الاعتداء الواقع على حيازة معنوية . (٦٦) نقض ١٩٨٦/١١/٥ فى الطعن ٦٤٩ لسنة ٥٣ ق .

كان قد تم عن طريق الخديعة (٦٧) ، وسواء كان هناك اعتداء أو تعدى على شخص الحائز أو غيره ، أو لم يكن هناك تعدى من هذا القبيل (٦٨) .

ولكن لا تقبل دعوى الاسترداد اذا كان سلب الحيازة قد تم تنفيذها لقرار ادارى (٦٩) .

٣٧٦ - (٣) الاعتداء المنشئ لطلب وقف الاعمال الجديدة :

دعوى وقف الاعمال الجديدة Ta dénonciation de nouvel oeuvre
هى التى يتمسك فيها الحائز بحيازته القانونية (الا اذا كان مستأجرا) ، طالباً الحكم فى مواجهة المدعى عليه ، وقف الاعمال الجديدة التى شرع فى اقامتها ، والتى لو تمت لاعتبرت تعرضاً له فى الحيازة . يتضح اذن ان هذه الدعوى . تعد دعوى وقائية ، الهدف منها منع الاعتداء المحتمل على الحيازة فى اذن دعوى للوقاية من التعرض المحتمل للحيازة . فدعوى وقف الاعمال الجديدة هى التى يكون سببها وضع اليد على عقار

(٦٧) فتى والى - الوسيط ص ١١٥ . وجدى راغب ص ١٩٠ .
نقض ١٩٧٦/٥/٥ سوليس وبيرى ١ بند ٢٠٤ ص ١٨٠ . ويعتبر سلب عن طريق الخديعة صدور حكم بتسليم العقار ضد شخص غير الحائز ، وتم تنفيذه عليه عن طريق التواطؤ (عبد الباسط جيمى ص ٣٧٢ عبد المنعم الشقلاوى ص ٩٣ . أحمد أبو الوفا - ص ١٥٢ بند ١٥٤ .
(٦٨) عبد الباسط جيمى ص ٣٧١ . وجدى راغب - ١٦٧ . فتى والى - الاشارة السابقة .

(٦٩) لأن فى قبول دعوى الاسترداد الحكم بوقف تنفيذ القرار الادارى وهو الأمر الذى لا يملكه القضاء العادى لانتفاء ولايته بالنسبة للقرارات الادارية . ولكن ان كان هذا القرار منعدياً فانه يصبح مجرد عمل مالى مما يدخل فى ولاية القضاء المدنى - أما اذا كان سلب الحيازة قد تم بناء على أمر من النيابة العمامة أو الشرطة . فان ذلك لا يمنع رفع دعوى الاسترداد (فتى والى - الوسيط ص ١١٣ . محكمة القضاة للأموال المستعجلة فى ١٩٧٨/١/١٢ - المحاماة ٥٨ العددان ٣ ، ٤ ص ٦٠) خاصة اذا علمنا ان قرارات النيابة فى هذا الخصوص تعتبر قرارات صادرة من جهة ليست لها ولاية القضاء . لأن الفصل فى امور الحيازة - طالما لم ترتبط بجريمة - لا يكون من ولاية النيابة ، وان فعل ذلك فانها تعدى على سلطة القضاء . وهذا النظر هو ما يتجه اليه مجلس النوبة . معتبراً ان قرارات النيابة فى هذا الصدد لا تعد قرارات ادارية .

أو حق عيني وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها . وعلى ذلك فلا تقبل هذه الدعوى إذا كان التعرض قد تم ، أى كان العمل قد اكتمل . لأن اكتماله يعتبر تعرضا للحيازة . ومثال هذه الدعوى ان يكون لشخص حق ارتفاق بالمطل على عقار جاره ، فبدأ الجار فى بناء حائط من شأنه لو اكتمل ان يكون تعرضا لحيازة حق الارتفاق . وعلى ذلك فيجب لقبول دعوى وقف الأعمال الجديدة ما يأتى (٧٠) .

- أن يكون العمل الجديد قد وقع على عقار المعتدى نفسه سواء كان يملكه أو مجرد حائز له وليس على عقار الحائز . لأنه لو كان العمل الجديد قد وقع على عقار الحائز لاعتبر ذلك تعرضا مستوجبا لرفع دعوى منع التعرض وليس دعوى وقف الأعمال الجديدة .

- أن يكون العمل جديدا . ويعتبر جديدا إذا لم ينقض عام على البدء فيه .

- ألا يكون العمل قد تم عند رفع دعوى وقفه ، سواء قد تم البدء فيه أو على وشك البدء فيه ، فإن كان قد تم ، اعتبر تعرضا ومن ثم يجب لزالته رفع دعوى منع التعرض .

- أن تكون هناك خشية حالة ولأسباب معقولة ان يؤدي هذا العمل لو اكتمل الى التعرض لحيازة المدعى .

ثانيا - الصفة فى دعاوى الحيازة

٣٧٧ - يشترط لقبول دعوى الحيازة أن ترفع من صاحب الصفة فى الحيازة ، على من له الصفة السلبية ، أى المعتدى على الحيازة .

(٧٠) انظر وجدى راغب - ص ١٩٨ - ١٩٩ . فتحى والى - ص ١١٤ بند ٥٧ . قنسان وجنثار بند ٧٣ ، سوليس وبيرى ج ١ بند ١٩٩ . جابيو ص ١٠٥ هامش (١) . وانظر فى تأصيل قبول هذه الدعوى وشروط صحتها أحمد مسلم ص ٣٧٢ - ٣٧٤ . عبد الباسط جيمى ص ٣٧٥ وما بعدها . نقض ١٩٦٦/١/١٨ ص ١٧ ، ص ١٤٧ .

ويجب أن يكون حائزا حيازة قانونية مستوفية لشروطها ان كان رافعا دعوى منع التعرض او دعوى وقف أعمال جديدة ما لم يكن مستأجرا .
وان كان من الممكن أن يكون حائزا حيازة عرضية اذا كان رافعا لدعوى استرداد .

١ - الصفة الايجابية :

لما كان المدعى فى دعوى الحيازة يدعى حيازة معينة يطلب حمايتها من الاعتداء الواقع عليها او وقايتها من الضرر المحتمل . فيشترط اذن فى رافعها أن يكون صاحب الحيازة ، أى الحائز الذى اعتدى على حيازته . فالحائز العرضى تكون له الصفة فى رفع دعوى الاسترداد فقط . أما المستأجر فاعترف المشرع بصفته فى رفع جميع دعاوى الحيازة . كما أن الصفة الايجابية فى حماية الحيازة تنتقل بالخلافة الى من تنتقل اليه الحيازة وفقا للقواعد العامة .

٢ - الصفة السلبية :

لا يكفى لقبول دعوى الحيازة أن ترفع ممن له صفة ايجابية فى رفعها ، وانما يلزم أن تتوافر الصفة السلبية فيمن ترفع عليه دعوى الحيازة . وتتوافر هذه الصفة فيمن يعتدى على الحيازة أيا كان هذا الشخص . فدعاوى الحيازة قد اعتبرها المشرع من قبيل الدعاوى العينية (بالرغم من أنها لا تحمى حقا عينيا بالمعنى الفنى) ، وعلى ذلك فينشأ الحق فى دعوى الحيازة ضد من يعتدى على الحيازة ، ولو كان حسن النية (٧١) ، وأيضا ضد من انتقلت اليه حيازة العقار من المعتدى ولو كان حسن النية . حيث أن المقتصب للحيازة لا تتوافر فيه الصفة السلبية فى دعوى الحيازة اذا زالت صلته بالعقار ، كما لا تتوافر فى ورثته ممن لا علاقة لهم بالعقار ، وانما ترفع دعوى الاسترداد فى هذه الحالة على من انتقلت اليه حيازة العقار المقتصب ولو كان حسن النية (٧٢) .

(٧١) نقض ١٩٧٨/١/١٠ فى الطعن ٥٢٤ لسنة ٤٤ ق .

(٧٢) فتحي والى - ص ١١٦ - مزي سيف بند ١٣٦ من ١٧٠

ابو الوفا بنسد ١٤٢ من ١٤٢ - ص ١٤٣ - نقض ١٩٧٦/٥/٥ س ٢٧

فقد نصت المادة ٩٦٠ مدنى على أن للحائز رفع دعوى استرداد الحيازة فى الميعاد القانونى « على من انتقلت اليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية » .

ويثور التساؤل أيضا بخصوص الصفة السلبية فى دعوى الاسترداد . عما اذا كان للحائز المادى الذى يحوز نيابة عن الحائز القانونى أن يرفع دعوى الاسترداد ضد الحائز القانونى . فالرأى الراجح أنه ليس للحائز المادى أن يرفع دعوى الاسترداد ضد الحائز القانونى ، وذلك لأن الحائز المادى انما يحوز لحساب الحائز القانونى ، وأن حيازته المادية انما تستند الى العقد وليس الى الحيازة نفسها . ولكن الأمر يدور بعض الشيء بالنسبة للمستأجر الذى أجاز له المشرع صراحة أن يرفع جميع دعاوى اليد دون تخصيص لمن ترفع الدعوى عليه ، الأمر الذى يجيز له رفعها فى مواجهة كل من يعتدى على حيازته المادية ، ولو كان المعتدى هو المؤجر له . غير أن رأيا قد ذهب الى عدم جواز رفع دعاوى الحيازة من المستأجر فى مواجهة المؤجر (٧٣) . ولكن لا نعرف سببا يدعو الى القول بهذا التخصيص بالنسبة للمستأجر الذى نص المشرع صراحة على حقه فى أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة . فحيازته للعقار وإن كانت حيازة مادية إلا أنها حيازة لحسابه وليس لحساب المؤجر (٧٤) .

من ١٠٦٣ وكان هناك من ذهب فى ظل القانون الملقى الى ان دعوى الاسترداد لا يجوز رفعها على من انتقلت اليه حيازة العقار من الناصب . اذا لم يكن شريكا فى فعل الغصب وسندهم فى ذلك أن دوى الاسترداد تعد دعوى شخصية تقوم على أساس التزام شخص ، ولا تتبع العقار فى يد من تؤول اليه حيازته (محمد هاجد فهمى - من ٤١٠ بند ٣٦٩ مكررا . وانظر فى عرض الرأى أيضا سوليس وييرو بند ٢١١ من ١٨٧ - ١٨٨) .

(٧٣) انظر نقض مدنى ١٩٥٨/١/٢٣ س ٩ - من ١٠٦ قارن نقض ١٩٧٦/٥/٥ من ٢٧ ص ١٠٦٣ . قنسان بند ٤٩ مكرر من ٧٥ . عبد المنعم الشرتاوى - بند ٥٦ ص ٨٧ الذى يرى أنه ليس للمستأجر رفع دعوى الاسترداد فى مواجهة المؤجر . أحمد أبو الوفا - بند ١٤٤ ص ١٤٤ ، وجدى راجب - مبادئ الخصومة من ١٧٠ .

(٧٤) انظر فى ذلك فتحى والى - الوسيط من ١١٧ هامش (١) .

الفصل الثانى

الشروط الخاصة بدعوى الحيابة

٣٧٨ - تحديد :

يلزم بالاضافة الى ما تقدم ، لقبول دعوى الحيابة ، أن ترفع فى ميعاد محدد ، والا يرفع معها دعوى الحق ، وذلك على التفصيل الآتى :

اولا - وجوب رفع دعوى الحيابة خلال مدة معينة

٣٧٩ - مقدار المدة :

اشترط المشرع لقبول دعوى الحيابة ، أيا كان نوعها ، أن ترفع - متى توافرت الشروط الأخرى - خلال مدة معينة قدرها المشرع بسنة من تاريخ الاعتداء على الحيابة المنشئ لحمايتها . فان رفعت الدعوى بعد انقضاء هذه المدة كانت الدعوى غير مقبولة لانقضاء الحق فيها (م ٩٥٨ مدنى) . ومع مراعاة أن دعوى الحيابة يجب ايداع صحتها قبل انقضاء هذا الميعاد (٧٥) .

٣٨٠ - ضمان الميعاد :

ولا شك أن الميعاد يجرى من الواقعة التى تنشئ الحق فى حماية الحيابة ، فلا يبدأ هذا الميعاد منذ بدء الحيابة مثلا ، وانما يبدأ من تاريخ الاعتداء عليها أو التهديد به . وعليه فيبدأ ميعاد رفع الدعوى فى حالة طلب استرداد الحيابة منذ وقوع الفعل الذى أدى الى سلبها أو غصبها ، أو تاريخ انكشاف هذا السلب اذا كان قد تم خفية (م ٩٥٨) .

(٧٥) نقض ١٩٨٧/٢/١٢ ، فى الطعن ١٣١٢ لسنة ٥٢ ق ، ١٩٧٧/٥/٢ ، ص ٢٨ ، مع العلم بأن المدة فى القانون الفرنسى هى أيضا سنة من تاريخ التعرض Trouble أو من تاريخ فقدان الحيابة dépossession (م ٢ من مرسوم ١٩٧٩/٣/٢٨ . نقض فرنسى ٢ ديسمبر سنة ١٩٧٥ - دالوز - ١٩٧٦ - ص ٢٤٣ وتعليق franck عليه .

كما يبدأ الميعاد فى حالة طلب وقف الأعمال الجديدة من وقت البدء فى العمل الجديد . فان انقضت تلك المدة دون رفع الدعوى ، فلا يجوز رفعها بعد ذلك ولو لم يكن العمل الجديد قد اكتمل . ولا يكون امام الحائز فى هذه الحالة سوى الانتظار حتى اكتمال العمل ، ويرفع دعوى منع التعرض فى هذه الحالة ان توافرت شروطها (٧٦) .

اما فى حالة طلب منع التعرض ، فالأمر يثير بعض الصعوبات . خاصة اذا كانت أفعال التعرض قد تعددت ، ووقعت فى تواريخ مختلفة ، فهل يبدأ حساب مدة السنة من تاريخ أول تعد على الحيابة أو من تاريخ آخر تعد عليها ؟

ذهب رأى الى أن المدة تبدأ من تاريخ آخر تعد وقع على الحيابة ، اعتبارا بأن كل فعل من أفعال التعدى انما ينشئ بذاته الحق فى رفع دعوى منع التعرض ، ومن ثم لا ينقض هذا الحق الا بانقضاء سنة كاملة من آخر تعد على الحيابة (٧٧) .

وتذهب محكمة النقض (٧٨) الى احتساب مدة السنة من تاريخ أول تعد على الحيابة ، وذلك فى الأحوال الآتية :

- أن يكون ما وقع من اعتداء عملا واحدا يكفى بذاته لاعتباره تعرضا فى الحيابة .

- أن يكون ما وقع من اعتداء على الحيابة أعمال متعددة صادرة من أشخاص متعددين .

- أن يكون ما وقع من تعرض للحيابة أعمال متعددة متباعدة ومستقلة بعضها البعض عن الآخر .

(٧٦) وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ، ص ١٧٦
(٧٧) رمزى سيف ، بند ١٢٥ ، ص ١٥٨ . عبد الباسط جمعى ، مبادئ ، ص ٣٦٩ . أبو الوفا ، بند ١٤١ .
(٧٨) نقض منى ١٩٨٧/٢/٨ فى الطعن ٢٤ لسنة ٥٣ ق ، نقض ١٩٧٩/٤/١٦ ، مجموعة القوانين ، ص ٣٠ ، ص ١٣١ ، مدد أول .

ففى كل هذه الفروض - تحسب مدة السنة منذ أول تعد على الحيابة على أساس أن دعوى منع التعرض تنشأ منذ أول اعتداء يقع على الحيابة . فإذا لم تباشر خلال هذه الفترة ، يسقط الحق فى رفعها .

أما إذا تتابعت أعمال التعرض وكانت صادرة عن شخص واحد ، وارتبطت ببعضها ، فإن مدة السنة تبدأ فى هذه الحالة من تاريخ آخر عمل فيها . ولا نملك إلا أن نؤيد محكمة النقض فيما ذهبت اليه من اجراء تفرقة فنية بين فروض متعددة ، ووضعت حلا مناسباً لكل فرض منها فلم تضع قاعدة عامة تسرى على كل الفروض . وكان رايها فقهياً قد ذهب الى احتساب مدة السنة من تاريخ أول تعد على الحيابة فى جميع الفروض (٧٩) .

وإذا تعددت أعمال التعرض وكانت صادرة من شخص واحد ووصلت الى حد سلب الحيابة كاملة ، فلا يكون للحائز - والفرض كذلك - أن يرفع دعوى منع تعرض ، وإنما عليه أن يرفع دعوى الاسترداد خلال سنة من تاريخ هذا السلب (٨٠) .

ثانيا - عدم الجمع بين الحيابة والحق

Non - Cumul du possesioire et du pétiioire

٣٨٩ - حكمة القاعدة :

إذا كان المشرع قد أسبغ الحماية على الحيابة لذاتها مستقلة عن الحق ، فكان من المنطقى ألا يجمع المدعى بين دعوى الحيابة ودعوى الحق فى الوقت ذاته . ولذلك نجد أن المادة ٤٤ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بالحق ، والا سقط ادعاءه بالحيابة . ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيابة بالاستناد الى الحق . ولا تقبل دعواه بالحق قبل

(٧٩) محمد حايه فهمى ، بند ٣٦٤ ، أحمد ابو الوفا ، بند ١٤١ ، وجدى راغب ، ص ١٧٢ - ١٧٣ ، جلاسون وتيسيه ، ج ١ ، بند ٢٠٧ .
(٨٠) محمد حايه فهمى ، بند ٣٦٤ ، ص ٤٠٠ ، فتى والى ، ص ١١٨ ، سوليس وبيرى ، ج ١ ، بند ١٦٨ .

الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها الا اذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه . كذلك لا يجوز الحكم فى دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه .. » وحكمة هذه القاعدة هو رغبة المشرع فى التاكيد على استقلال الحيازة وحمايتها بعيسدة عن الحق وحمايته (٨١) .

٣٨٢ - نتائج القاعدة :

وتقتضينا هذه القاعدة أن نحدد معالمها بالنسبة الى كل اطراف خصومة الحيازة المدعى والمدعى عليه . وكذلك سلطة قاضى الحيازة وفقا لها .

١ - القاعدة بالنسبة لمدعى الحيازة :

- لا يجوز للمدعى أن يثبت حيازته بالاستناد الى الحق وأدلة ملكيته ، وإنما عليه أن يثبت حيازته بعنصرها المادى والمعنوى وشروطها القانونية - بطرق الاثبات كافة ، وذلك عن طريق اثبات استمرار سيطرته المادية على الشئ محل الحيازة مدة سنة . ومتى نجح فى ذلك كانت هناك قرينة على حيازته القانونية بشروطها ، وعلى مدعى العكس الاثبات . فليس لمدعى الحيازة أن يثبت حيازته عن طريق اثبات ملكيته للعقار موضوع الحيازة ، وتقديم الدليل على ملكيته له .

- لا يجوز للمدعى فى دعوى الحيازة أن يجمع بينها وبين دعوى الحق ، فان فعل ذلك سقط ادعائه بالحيازة (١/٤٤) . فبحدوث

(٨١) كوستا - بند ٤٨٨ من ٦٣٧ . سوليس وبيرو - ج ١ بند ١٧٠ ص ١٥٣ . فنسان بند ٥٤ ص ٧٦ - ٧٧ ، فنسان وجنشار بند ٦٤ ص ٩٠ وما بعدها ، وحدى راقب - ص ١٧٩ . كحمد أبو الوفا - بند ١٥٠ ، فتحى والى - ص ١٢٠ بند ٦١ ، عبد الباسط جيبى - مبادئ ص ٣٨٨ وما بعدها ، ابراهيم سعد - ص ٢١٣ . وقد كان المشرع الفرنسى ينص على هذه القاعدة فى المادة ٢٥ من قانون المرافعات القديم ، كما نص عليها فى القانون الحالى فى المادة ٣ من المرسوم ١٩٧٩/٣/٢٨ فى ثلاث فقرات ، نصت الفقرة الاولى منها على « حماية الحيازة وحماية الحق لا يجتمعان » .
انظر الاحكام المشار اليها فى الهامش السابق .
" La protection possessoire et le fond du droit ne son jamais cumulés " .

الاعتداء على الحيابة ، فيكون للمدعى الخيار بين رفع دعوى الحيابة وبين رفع دعوى الحق ، فان اختار طريق دعوى الحيابة فيمتنع عليه رفع دعوى الحق فى الوقت نفسه أمام المحكمة ذاتها التى تنظر دعوى الحيابة ، أو أمام أية محكمة أخرى (٨٢) . وإذا حدث ذلك كان على محكمة الحيابة أن تحكم ، ومن تلقاء نفسها ، بعدم قبول دعوى الحيابة . لأن المدعى ان فعل ذلك فانه يعتبر معترفا بالحيابة لخصمه ، ومتنازلا عنها وعن الحماية التى قرررها له المشرع بخصوصها . وإذا اختار المدعى رفع دعوى الحق فليس له رفع دعوى الحيابة ، لأن برفعه دعوى الحق يعد متنازلا عن حماية الحيابة ، وعليه فليس لمن رفع دعوى منع التعوض ان يدعى ملكيته للأرض موضوع النزاع (٨٣) ، غير أن ما تقـدم دغيد بشرطين هما (٨٤) :

★ أن يكون الاعتداء على الحيابة قد وقع قبل رفع دعوى الحق :

يتمتع على مدعى الحيابة أن يجمع بينها وبين المطالبة بالحق ، إذا كان له الخيار بين الدعويين وقت رفع دعوى الحق ، بمعنى أن يكون له الخيار بين أن يرفع أيهما ، فان اختار دعوى الحق اعتبر متنازلا عن دعوى الحيابة . ولكن اذا لم يكن له هذا الخيار ، أى لم يحدث اعتداء على حيابته ، فليس له والأمر كذلك رفع دعوى الحق . فان فعلـ

(٨٢) وجدى راغب ص ١٥٧ - ١٥٨ فتقى والى - ص ١٢١ بند ٦٢
عبد المنعم الشرقاوى - شرح ص ٩٩ - ١٠٠ بند ٥٩ . قارن كوستا -
الاشارة السابقة .

(٨٣) فتقى والى - الاشارة السابقة ، وجدى راغب الاشسارة
السابقة ، عبد الباسط جيمى ص ٣٨٠ سوليس وبيرو ج ١ بند ١٧٥
ص ١٥٧ . فنسان وجنشار ، بند ٦٨ ، ص ٩٢ - ٩٣ . نقض ١٩٧٤/١١/٥
س ٢٥ ، ص ١١٨٥ ، نقض ١٩٤٠/٥/٩ مجموعة الـ ٢٥ علها ج ١ ،
ص ٦٤٥ . قارن نقض ١٩٨٨/١/٢٧ فى الطعن ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق ،
١٩٨١/٣/٣١ ، ص ٣٢ ، ص ١٠٠٢ .

(٨٤) أحمد مسلم - بند ٣١٨ ص ٣٤٧ - ٣٤٨ ، بند ٣١٩ ص ٣٤٩
عبد الباسط جيمى - ص ٣٨٦ وجدى راغب - ١٥٩ ، فتقى والى -
ص ١٢٢ . أحمد أبو الوفا - بند ١٦٠ . عبد المنعم الشرقاوى شرح -
بند ٥٩ ، ص ١٠٠ ، بند ٦٠ ، ص ١٠١ .

ذلك ثم حدث اعتداء على حيازته بعد ذلك كان له فى هذه الحالة أن يرفع دعوى الحيازة ، بالرغم من سبق رفعه دعوى الحق . اذ لا يقبل القول بأن رفعه دعوى الحق يعتبر متنازلا عن دعوى الحيازة . فكيف يمكن اعتباره متنازلا عن أمر لم يكن له وجود ؟

٢ - أن تكون دعوى الحق مرفوعة من مدعى الحيازة :

يشترط ثانيا للقول بامتناع المدعى فى دعوى الحيازة المطالبة بدعوى الحق والا سقط ادعاءه بالحيازة . أن تكون دعوى الحق مرفوعة منه هو ، ففى هذه الحالة وحدها يمكن القول بأن رفع الحائز لدعوى الحق يعد تنازلا منه عن دعوى الحيازة . أما اذا كانت دعوى الحق قد رفعت عليه من الغير بخصوص الشيء موضوع الحيازة ، فله فى هذه الصالة ان وقع اعتداء على حيازته أن يرفع دعوى الحيازة لحمايتها . والقول بغير ذلك يؤدي الى نتيجة غير مقبولة وهى حرمان الحائز من حماية حيازته بسبب لا دخل له فيه ، هو رفع دعوى الحق عليه .

ويلاحظ أنه فى الحالات التى يجمع فيها المدعى بين دعوى الحق ودعوى الحيازة ، فيجب على المحكمة أن تفصل فى دعوى الحيازة استقلالاً عن دعوى الحق ، فلا يجوز اثبات وجود أو نفي الحيازة بالاستناد لى وجود الحق أو نفيه (٨٥) .

٣ - القاعدة بالنسبة للمدعى عليه فى الحيازة :

- لا يجوز للمدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفع الحيازة بالاستناد الى أنه هو صاحب الحق ، فالملكية لا تبرر العدوان على الحيازة ، وعلى المالك - ان أراد حماية حقه - أن يسلك السبيل الواجب هو المطالبة بحقه بدعوى أمام القضاء ، ولكن لا يجوز له الاعتداء على حيازة من سلبه حيازته . وكل ما للمدعى عليه فى هذا الخصوص هو فى حيازة المدعى اما باثبات عدم قانونيتها أو انتفاء شروطها أو رفعها بد فوات المدة التى حددها المشرع .

.. لا يجوز للمدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يطالب بالحق
الا بعد الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها ، واذا أراد
المدعى عليه فى الحيازة المطالبة بالحق فى أثناء نظر دعوى الحيازة ،
فعليه أن يتخلى عن حيازته لخصمه حتى تنقضى دعوى الحيازة .

٤ - القاعدة بالنسبة لقاضى الحيازة :

.. ليس لقاضى الحيازة أن يفصل فى موضوع الحق المدعى بحيازته ،
وجودا أو نفيًا . وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى تمنع القاضى من الحكم
بما ليس مطلوب منه أو بأكثر مما طلب منه الفصل فيه .

.. ليس لقاضى الحيازة وهو بصدد الفصل فى مسألة الحيازة أن
يستند على أساس ثبوت الحق المدعى بحيازته أو نفيه (م ٣/٤٤) ،
بل يجب عليه أن يسبب حكمه على أساس توافر أو عدم توافر الحيازة
التي رسمها القانون . ولكن هذا القول لا يمنع القاضى من الاطلاع على
مستندات الملكية المقدمة فى الدعوى ، لا لتحقيقها والتأكد من حقيقتها
وانما فقط لاستخلاص ما يتعلق بالحيازة وشروطها من هذه المستندات .

الفرع الثانى

طبيعة دعوى الحيازة ونظامها

الفصل الأول

طبيعة دعوى الحيازة

٣٨٣ - الخلاف الفقهي :

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة دعوى الحيازة إيا كان نوعها ،
أى سواء كانت دعوى منع تعرض أو استرداد أو كائنت دعوى وقف الأعمال
الجديدة .

. فقد ذهب البعض (٨٦) الى القول بأن دعاوى الحيازة ليست الا دعاوى وقتية ، ومن ثم فإن الحكم فيها لا يعدو أن يكون حكما وقتيا ، لانها تحمى الحيازة حماية وقتية ، الى حين الفصل فى دعوى الحق . ودليلهم فى ذلك أن قاضى الحيازة شأنه فى ذلك شأن قاضى الأمور المستعجلة لا يفصل فى أصل دعوى الحق ، فهو ممنوع من المساس به .

وذهب رأى آخر (٨٧) - بحق - الى القول بأن دعوى الحيازة ايا كانت تعد دعوى موضوعية ، والحكم الصادر فيها يعد قضااء موضوعيا . وذلك استنادا الى أن المشرع يحمى الحيازة فى ذاتها مستقلة عن الحق ، وهى وان كانت أصلا « مركزا واقعيا فقد أصبحت بعد حماية القانون لها مركزا قانونيا » ، وهو مركز قانونى موضوعى تحميه قواعد القانون المدنى . والدعوى الموضوعية هى تلك التى يتمسك فيها المدعى بحق أو مركز قانونى . وعلى ذلك فإن دعوى الحيازة تعتبر دعوى موضوعية لأنها تؤكد أو تنفى المركز الموضوعى المرفوعة به وهو الحيازة ، وإذا ما كان قاضى الحيازة لا يفصل فى أصل الحق ، فإن ذلك لا يعود الى أنه قاضى وقتى ، ولكنه قاضى مقيد بالدعوى التى ينظرها والطلبات التى رفعت اليه . فلا يستطيع أن يقضى بأكثر مما هو مطلوب منه . والدعوى الوقتية انما تحمى الحق ذاته حماية وقتية . أما دعوى الحيازة فلا تحمى الحق ، وانما تحمى مركزا قانونيا مستقلا عن الحق هو الحيازة . وإذا ما كان الحكم انصافا فى الحيازة لا يحوز حجته بالنسبة

(٨٦) أمينة النمر - مناهج الاختصاص والحكم - بند ١١١ من ١٧٦ ، بند ١١٤ من ١٨٠ ، بند ١١٥ ، ١١٧ ، ٢١٨ من ١٨٧ ، ٢٢٩ من ٢٩٢ أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات ج ١ من ١٨٧ وما بعدها . المرافعات بند ١٦٨ ، أحمد مسلم بند ٣٤١ من ٣٧٣ بالنسبة لدعوى وقف الأعمال الجديدة . كارنيولوى - مطول - ج ١ من ٣٦٠ ، بند ٢٣٦ .

(٨٧) فتحى والى - الوسيط ١٢٧ بند ٦٤ - من ١٥٣ بند ٨٣ . وجدى راغب - مبادئ الخصومة من ١٧٤ . مبادئ القضاء المدنى ، من ١٥١ وما بعدها .

للموضوع ، فإن ذلك لا يعود الى وقتية الدعوى ، وإنما يعود الى أن الحجية ذاتها ولو كانت لأحكام موضوعية ، حجية نسبية محدودة بالدعوى التى صدر فيها الحكم خصوما وسببا وموضوعا . ولا حجية للحكم خارج هذه الحدود .

ومما يؤكد الطبيعة الموضوعية لدعوى الحيازة أنها ترفع بصفة أصلية الى محكمة الموضوع بدليل أن المشرع قد نص على قاعدة لتقديرها حتى يمكن معرفة الى أى من المحاكم يمكن رفع الدعوى ، الى المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية (م ٣٧ مرافعات) . أما ان كانت دعوى وقتية فلا ترفع بدعوى أصلية الى محكمة الموضوع ، لأنها ترفع الى قاضى الأمور المستعجلة بغض النظر عن قيمتها (م ٤٥ مرافعات) (٨٨) .

نخلص الى أن دعوى الحيازة إما كانت صورتها تعد دعوى موضوعية ، ترفع الى القضاء الموضوعى ، ويعتبر الحكم الصادر فيها حكما موضوعيا يحوز حجيته الكاملة بالنسبة للمسألة التى فصل فيها . وينطبق هذا القول أيضا بالنسبة لدعوى وقف الأعمال الجديدة (٨٩) ، فهى دعوى موضوعية وقائية ، مثلها مثل أى دعوى تقريرية أخرى ، وظليفتها الوقاية من الضرر المحدث الذى قد يقع نتيجة البدء فى عمل جديد ، ووقائية الدعوى لا تعنى وقتيتها (٩٠) .

(٨٨) انظر فى تفاصيل تأكيد الطبيعة الموضوعية لدعوى الحيازة - وجدى راغب - المرجع السابق ص ١٧٤ - ١٧٦ - مبادئ القضاء من ص ١٥١ - ١٥٤ . فتحى والى ص ١٢٧ - ١٢٨ .

(٨٩) عكس ذلك وجدى راغب - مبادئ الخصومة ص ١٧٦ ، ١٩٧ - ١٩٨ مبادئ القضاء الدنى ص ١٥٤ . أمينة النمر - بند ١١٦ - ١١٨ ص ١٨٥ - ٢٩٢ عبد الباسط جيمى ص ٣٧٦ - ٣٧٧ . أحمد مسلم بند ٢٤١ ص ٣٧٣ - ٣٧٤ مع ملاحظة أن القانون الايطالى ينظم هذه الدعوى ضمن التدابير الوقائية انظر كوستا بند ٤٨٨ ص ٦٣٦ - ٦٣٧ . ولكن على أساس أنها دعوى وقتية وليست دعوى حيازة .

(٩٠) فتحى والى ، الوسيط ، ص ١٢٧ - ١٢٨ . رمزى سيف ، بند ١٣٠ ، ص ١٦١ ، نقض مدنى ١٨/١٩٦٩ ، ص ١٧ ، ص ١٤٧ .

ومن ناحية أخرى ، فإن الحيابة كمرکز قانونى يمكن حمايتها
حماية وقتية اذا توافرت شروط الحماية الوقتية ، وأهمها وأخصها شرط
الاستعجال ، وهو الخطر فى التأخير . فيجوز طلب اجراء وقتى
لحمايتها وفقا للمادة ٤٥ مرافعات ، حماية وقتية ، حتى يفصل فى دعوى
الحيابة الموضوعية . كطلب استرداد الحيابة مؤقتا عند غضبها (٩١) .

الفصل الثانى

النظام القانونى لدعوى الحيابة

٣٨٤ - عناصر هذا النظام القانونى :

الولاية بنظر دعوى الحيابة :

يدخل المشرع المصرى الفصل فى دعوى الحيابة فى ولاية القضاء
العادى ، فليس لغيره ولاية الفصل فيها الا اذا كان الاعتداء على الحيابة
مستندا الى قرار ادارى ، صحيحا كان أو باطلا ، اذ تكون ولاية الفصل
فى هذه الحالة معقودة للقضاء الادارى ، ما لم يكن القرار الادارى فى
ذاته منعذما .

وقد ثار الخلاف حول دعوى الحيابة المرفوعة والمستندة الى قرارات
صادرة من النيابة العامة فى غير جرائم الحيابة ، فنقد ذهب راي (٩٢)
الى أنه ليس للنيابة العامة سلطة التدخل فى المنازعات المدنية حصول
الحيابة بين الافراد الا اذا ارتدى النزاع حول الحيابة ثوب الجريمة

(٩١) فتى والى ، الوسيط ، ص ١٥٣ - ١٥٤ ، وحدى رانف -
مبادئ القضاء ص ١٥٤ ، تارن نقض ١٩٥٤/٦/٢٤ ، والذى اكدت فيه
انه : « لا ولاية للقضاء المستعجل بالفصل فى دعوى منع التعرض لأن الحكم
فيها يمس حتما الحق موضوع النزاع » ، مجموعة القواعد فى ٢٥ عابا ،
ج ٢ ص ٨٩٧ رقم ١٤ .
(٩٢) انظر المحكمة الادارية العليا ١٩٧٨/٦/١٠ فى الطعن ٨٧
لسنة ٢٣ ق . مستأنف مستعجل القاهرة ١٩٨١/٨/٢٧ فى الدعوى رقم
١٠٩٤ لسنة ٨١ ق ، مستأنف مستعجل القاهرة فى ١٩٨١/١/٢ فى الدعوى
رقم ١٦٨٤ لسنة ١٩٧٩ القاهرة .

(أو كان النزاع حول حيازة مسكن الزوجية) ، وليس لها أن تنتهى النزاع ولو مؤقتاً فى الحيازة ، (فى غير الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات ، والمادة الرابعة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بشأن المنازعات حول منزل الزوجية) ، والا كانت النيابة مفتصة لمنطة القضاء ، الأمر الذى يعدم قرارها ، ويكون للقضاء المستعجل سلطة الفصل فى دعوى عدم الاعتداد بقرارات النيابة العامة فى مسائل الحيازة .

فى حين ذهب رأى آخر (٩٣) الى القول بأن قرارات النيابة العامة فى مسائل الحيازة تدخل فى عداد الأعمال الادارية التى تباشرها النيابة فى حدود سلطتها الادارية ، لأنها تقوم فى هذه الحالة بمعاونة رجال الضبط الادارى بالمحافظة على الأمن العام ومنع وقوع الجرائم . وبالتالي تكون قرارات النيابة فى هذا الشأن قرارات ادارية ، ولا يملك بالتالى القضاء المستعجل ولاية الفصل فى دعاوى عدم الاعتداء بقرارات النيابة فى هذا الشأن ، ويتعين عليه أحالتها الى جهة القضاء الادارى .

ولا شك أن الرأى الأول هو الجدير بالتأييد لاتفاقه والمنطق القانونى الصحيح ، واعتباراً بأن النيابة ليست جهة للفصل فى المنازعات المدنية .

هذا وقد تضمن الكتابان الدوران الصادران من النائب العام رقماً ٨ ، ١٢ لسنة ١٩٨٢ التعليمات الواجب اتباعها من قبل أعضاء النيابة العامة فى خصوص منازعات الحيازة . وفى البند أولاً من الكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ على أنه اذا كانت منازعة الحيازة المعروضة لا تشكل جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير تأمر النيابة الجزئية بقيد الأوراق بدفتر الشكاوى الادارية - وحفظها دون اصدار قرار بشأن الحيازة .

(٩٣) أنظر راتب - كامل - راتب - قضاء للأمور المستعجلة - ١٩٨٥
بند ١٤٨ ، ص ٢٧٥ ، والأحكام العديدة التى أشار إليها فى هامش (١)
ص ٢٧٥ .

ونص البند سابعا من الكتاب الدورى رقم ١٨ لسنة ١٩٨٢ على أنه يعمل بالتعليمات العامة للنيابات فيما يثور بشأن منازعات الحيازة بشأن مسكن الزوجية ومنازعات الحيازة الخاصة بالأموال العامة والأوقاف الخيرية والمجتمعات العمرانية الجديدة المشار إليها بالكتاب الدورى رقم ٤ لسنة ١٩٨٢ .

★ المحكمة المختصة بدعوى الحيازة واجراءات اللجوء اليها :

لم يشأ المشرع أن يخص دعاوى الحيازة بإجراءات متميزة لرفعها أو نظرها ، وإنما ترك ذلك للقواعد العامة ، شأنها شأن أى دعوى ، يجب أن ترفع الى المحكمة المختصة بنظرها وبالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى . وعليه فإن دعاوى الحيازة ترفع الى المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة فى الاختصاص ، أى ترفع الى المحكمة الابتدائية أو الجزئية التى يقع فى دائرتها العقار - محل الحيازة - بحسب قيمته فإن تجاوزت نصاب المحكمة الجزئية وجب رفع دعوى حيازته الى المحكمة الابتدائية ، وإن لم تتجاوزها وجب رفعها الى المحكمة الجزئية .

هذا اذا كانت دعوى الحيازة دعوى موضوعية ، فان كانت دعوى مستعجلة وتوافر فى رفعها شروط الدعوى الوقتية ، فإنها ترفع والحال كذلك الى محكمة الأمور المستعجلة بغض النظر عن قيمتها ، وفقاً لحكم المادة (٤٥) من قانون المرافعات .

هذا وترفع دعوى الحيازة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة ، وفقاً للقواعد العامة ، يتم إعلانها الى المدعى عليه أو عليهم وفقاً للقواعد المقررة لإعلان صحف الدعاوى كافة .

٣٨٥ - نظر دعوى الحيازة والحكم فيها وحجيتها :

١ - نظر دعوى الحيازة والحكم فيها :

أخضع المشرع دعاوى الحيازة للقواعد نفسها المقررة لنظر الدعوى بصفة عامة ، وأوجب على المحكمة أن تفصل فى موضوعها ان توافرت

الشروط المقررة ، وتقتصر المحكمة فى دعوى الحيازة على الفصل فى الحيازة ، ايجاباً أو سلباً ، بعيدة عن الحق ، فهى - كما رأينا - ممنوعة من سماعه ولا الفصل فيه ، ولا المماس به على أى نحو . تطبيقاً للقواعد العامة التى تمنع المحاكم من القضاء فى غير طلب أو باكثر مما طلب منها . ولا يكون للمحكمة أن تتحقق بنفسها من توافر شروط الحيازة من عدمه ، ليس استناداً الى الحق وجوداً أو نفياً . ولا تقبل لاثبات الحيازة أدلة الحق ، أو لنفيها أدلة مقدمة من المدعى عليه تثبت أنه المالك للعقار محل دعوى الحيازة (٩٤) . وإنما للمحكمة أن تنظر فى مستندات الملكية لا بقصد فحصها وإنما لاستخلاص عناصر وشروط الحيازة منها (٩٥) .

وإذا ما توافرت شرائط حماية الحيازة فإن المحكمة تصدر حكماً فى موضوعها ، يختلف فى مضمونه باختلاف صورة الاعتداء المرفوعة به الدعوى .

- فإن كانت الدعوى استرداد : فإن الحكم فيها يكون بالزام المعتدى برد الحيازة المغتصبة الى الحائز ، ان توافرت شروط الدعوى .

- أما إذا كانت الدعوى لمنع التعرض : فإن الحكم الصادر فيها يختلف بحسب ما إذا كان التعرض مادياً أو قانونياً ، فإن كان التعرض مادياً - واستطاع الحائز اثبات حيازته - فإن الحكم يكون بمنع التعرض وبالزام المعتدى بازالة مظاهر هذا التعرض . ويكون الحكم هنا حكماً بالالزام . مثل الحكم بازالة حائط أو هدم مبنى أو قلع أشجار . وذلك على اعتبار أن سلطة قاضى الحيازة تتسع لازالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل اعادة الحالة الى

(٩٤) فنسان بند ٥٦ - ص ٧٧ - قتمى والى - الوسيط بند ٦٤.

ص ١٢٥ .

(٩٥) نقض مدنى ١٩٦٣/١١/٢٨ من ١٤ ص ١١١٢ .

جايو - بند ١٢٠ من ١٠٩ .

ما كانت عليه قبل حصول التعرض (٩٦) . إما ان كان التعرض قانونيا كان الحكم تقريريا ، بمنع التعرض وعدم أحقية المتعرض فيما اتخذه .

ـ وإذا كانت الدعوى بوقف عمل جديد : واستطاع الحائز اثبات حيازته ، فيكون للمحكمة أن تأمر بوقف العمل أو الأعمال الجديدة ، وليس لها أن تأمر بإزالة ما تم منها ، ولها أيضا أن تأذن في استمرارها . وفي الحالتين يجوز « للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لاصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف ، متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض كان على غير اساس . وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لازالة هذه الأعمال كلها أو بعضها اصلاحا للضرر الذي يصيب الحائز اذا حصل على حكم نهائي في مصلحته » (م ٩٦٢ مدنى) (٩٧) .

٢ ـ حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة :

يعتبر الحكم الصادر فى دعوى الحيازة ايا كانت ، حكما قضائيا موضوعيا . مؤكدا وجود أو عدم وجود المركز القانونى الذى يحميه المشرع لذاته وهو الحيازة ، وعلى ذلك فانه يحوز حجية الأمر المقضى بالنسبة لهذا المركز ، شأنه فى ذلك شأن أى حكم قضائى يصدر فى دعوى موضوعية ، وحجية الحكم - تطبيقا للقواعد العامة - قاصرة على الدعوى التى صدر فيها فان تغيرت هذه الدعوى فى أى عنصر من عناصرها ، فلا حجية للحكم الصادر فى احداها بالنسبة للدعاوى الأخرى . وعلى ذلك فان الحكم الصادر فى الحيازة لا يحوز حجتيه عند الفصل فى موضوع الحق . كما لا يحوز الحكم الصادر فى الحيازة فى

(٩٦) نقض ١٩٨١/١/٢٧ طعن ٦٦٥ لسنة ٤٧ ق ، ١٩٦٧/٢/٧
س ١٨ ص ٢٦٦ ، فتحى والى - ص ١٢٨ - ١٢٩ - وجدى راغب
ص ١٧٣ - ١٧٤ .

(٩٧) انظر فى نقد هذا النص . فتحى والى - ص ١٢٧ - ١٢٨ .
رمزى سيف بند ١٣٠ ص ١٦١ - ١٦٤ . وجدى راغب ص ١٧٦ - ١٧٧ .

دعوى معينة حجية فى دعوى أخرى الا فيما يتعلق بالتقرير الذى تضمنه الحكم (٩٨) .

المطلب الثالث

الحماية الجنائية للحيازة

٣٨٦ - تحديد :

امعانا من المشرع فى حماية الحيازة ، وتكريما منه للمصلحة العامة التى تقتضى عدم استخدام العنف وعدم الصراع ، تحقيقا للسلام الاجتماعى ، فانه يحمى الحيازة جنائيا ضد العدوان عليها ، وذلك بتحريم بعض أمثال هذا العدوان على الحيازة ، والسماح بحماية الحيازة مؤقتا عن طريق خاص حددته المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ .

وعلىنا ان نحدد مفهوم الحيازة التى يحميها المشرع جنائيا وصور الاعتداء عليها أمثال الاعتداء على الحيازة والتى عاقب المشرع عليها ، ثم النظام القانونى الخاص لحماية الحيازة حماية وقتية عن طريق القضاء المدنى .

الفـرـع الأول

الحيازة التى يحميها المشرع الجنائى

٣٨٧ - تحديد :

يجب علينا ان نحدد مفهوما معينا للحيازة التى يحميها المشرع الجنائى ، ثم نبين بعد ذلك صور الاعتداء على الحيازة والتى يجرمها المشرع فى قانون العقوبات .

(٩٨) انظر فتوى والى - ص ١٢٩ - ١٣٠ ، وهو ما استقر عليه قضاء النقض ، نقض ١٩٨٧/١/١٨ فى الطعن ٦٠٣ لسنة ٥٣ ق ، ١٩٨٧/١٠/١٥ فى الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٨٧/٥/٢٦ فى الطعن رقم ١١٨ لسنة ٥٤ ق .

الفصل الأول

مفهوم الحيابة التى يحميها المشرع الجنائى

٣٨٨ - الحيابة المادية :

رأينا فيما سبق أن المشرع المبنى لا يحمى - بدعاوى الحيابة - الا الحيابة القانونية المستوفية لشروطها ، فيما عدا دعاوى الاسترداد فانه أجاز رفعها دفاعا عن الحيابة المادية .

وعلىنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجنائى من مفهوم الحيابة . هل يحمى الحيابة القانونية المستوفية لشروطها ، شأنها شأن المشرع المبنى ؟ أم يحمى الحيابة العرضية ؟ أم يحمى حيابة خاصة لها مفهوم خاص به ؟ وسبب هذا التساؤل هو مسلك المشرع الجنائى ذاته ، اذ جاءت نصوصه خالية من تحديد معنى الحيابة التى يحميها ، ومن تحديد لشروطها كذلك .

قد يقول قائل بان الحيابة التى يشكل الاعتداء عليها جريمة جنائية هى ذاتها الحيابة التى يحميها المشرع المبنى ، اى الحيابة القانونية بعنصرها المادى والمعنوى ، المستوفية لشروطها ، استنادا الى أن المشرع المصرى - متأثرا بالاتجاه اللاتينى - لا يحمى الا هذه الحيابة . اما الحيابة المادية او العرضية فلا يحميها القانون المصرى الا فى الأحوال الخاصة التى ينص عليها استثناء . وهى حالات فقد الحيابة كلية ، أو حالة ما اذا كان الحائز مستأجرا .

واعتبارا بأن لفظة « حيابة » وردت فى نصوص التجريم مطلقة من أى وصف ، فيجب اذن الرجوع الى القواعد العامة لتفسير هذا اللفظ ، وتقضى هذه القواعد بان الحيابة التى يحميها المشرع المصرى هى الحيابة

القانونية بعنصرها المادى والمعنوى كاصل عام الا فى الحالات التى
أشرنا اليها سلفا .

وبالرغم من منطق هذا القول ، الا أنه يتعارض مع الحكمة
التشريعية من استحداث تنظيم جديد لحماية الحياة . فضلا عن أن
الأخذ به يؤدي الى نتيجة يصعب التسليم بها ، وهى أن المشرع بهذا
التنظيم يكون قد حرم الخصوم من اللجوء الى القضاء المدنى للحصول
على حمايته فى مسألة مدنية بحتة ، وإعطاء القضاء الجنائى سلطة
للفصل فيها ، وهو أمر يأباه المنطق القانونى .

فمن حيث تعارضه مع الحكمة التشريعية لنص المادة ٣٧٣ مكرر
عقوبات ، والتى تتمثل فى منع ارتكاب الجرائم ، وكذلك منع الأفراد
من الاقتضاء بأنفسهم توفيراً للأمن وتحقيقه فى الواقع . وانما يلزم دائماً
لمن اعتدى على حقه من اللجوء الى الجهات التى أوكل المشرع لها
اقتضاء الحقوق وحماية المراكز القانونية ، ولا يجوز له اطلاقاً أن يقتضى
لنفسه وبنفسه . وهذه الحكمة تؤدي منطقياً الى معاقبة كل من اقتضى
لنفسه ، بالاعتداء على حياة الآخر ولو كان ذلك بقصد طرده واسترداد
حيازته المسلوبة . ولو كان الحائز الممتدى حائزاً مادياً وكان معتدياً فى
الأصل على حياة الثانى . والقول بغير ذلك يؤدي الى تشجيع اقتضاء
الحق باليد من قبل من يزعم أنه الحائز القانونى ويكون له الدخول الى
انعقار الواقع فى حياة المعتدى عليه مادياً ، بقصد منع حيازته له
وطرده من العين ، دون أن يشكل فعله هذا جريمة جنائية يعاقب عليها
القانون وهو الأمر الذى يعكر السلام الاجتماعى والأمن العام .

واما القول بأن الحياة التى يحميها المشرع جنائياً هى الحياة
القانونية فانه سوف يؤدي الى حرمان الخصوم من حماية الحياة عن
طريق دعاوى الحياة من قبل القضاء المدنى بالرغم من أن الحياة تعد
مسألة مدنية والفصل فيها يجب أن يتم من قبل القضاء المدنى . أى أن
هذا القول يعنى شل سلطة القضاء المدنى فى هذه الحالات .

نخلص مما سبق الى أن الحياة التى يحميها القانون الجنائى هى

الحيازة العارضة (٩٩) والتي أراد المشرع منع الاعتداء عليها حتى لو كان ذلك بقصد استردادها من حائزها المقتصب .

ولقد ذهب البعض (١٠٠) الى أن الحيازة التي يحميها قانون العقوبات هي الحيازة « الفعلية » ، وهى فى رايه الحيازة التى تكون فيها يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر . ويقرر أن الحيازة الفعلية وان كانت تتشابه مع الحيازة العرضية الا أنها لا تختلط بها .

والواقع أنه لأول مرة نسمع عن مصطلح الحيازة الفعلية فى اللغة القانونية ، فالحيازة اما أن تكون قانونية واما أن تكون مادية ، اى عرضية ، ولا يمكن تصور وجود حيازة فعلية وحيازة غير فعلية ، لأن الحائز اما أن يكون حائزا واما لا يكون .

ولهذا فالحيازة التى يحميها المشرع الجنائى هى الحيازة المادية اى الحيازة بغير نية التملك ، وهى الحيازة التى يتحقق للحائز فيها السيطرة المادية على العقار وفقا لمليبيعتد والغرض المخصص من أجله ، فالسيطرة على المنزل تكون لمكناه ، وعلى الأرض الزراعية بزراعتها أو تجهيزها للزراعة ، وعلى الأرض الفضاء بتسيورها أو بتهيئتها للبناء عليها ، وبالعيادة الطبية بمباشرة مهنة الطب فيها ودخول المرضى اليها وكذلك مساعدى الطبيب .

والمشرع الجنائى يحمى الحيازة المادية على العقار سواء كانت الحيازة مستندة على سند أو لم تكن مستندة على اى سند (١٠١) ، وسواء كان الحائز مالكا أو غير مالك .

(٩٩) نظر نقض جنائى ١٩٨٩/٤/٨ ، س ٣٠ ، ص ٤٥٠ ،
١٩٧٢/٤/٢٤ ، س ٢٣ ، ص ٦٠٦ ، ١٩٦٩/٢/١٠ ، س ٢٠ ، ص ٢٢٧ .
(١٠٠) كامل مصطفى ، مسائل عملية امام المحاكم الجنائية - منشأة المعارف ، بند ٩٥ ، ص ٣٢ وما بعدها .
(١٠١) نقض جنائى ١٩٦٩/٢/١٠ ، س ٢٠ ، ص ٢٢٧ ،
١٩٤٤/١١/٢٠ ، مجموعة الد ٢٥ عاما ، ص ٢٩٦ .

واذا كان المشرع الجنائي يحمى مجرد الحيابة المادية ، فإنه يشترط فيها حتى تكون جديرة بالحماية أن تكون حيابة مسـتوفية نشروطها من هدوء ووضوح وظهور ، فإن كانت معيبة بعيب الخفاء أو عدم الهدوء وعدم الاستقرار ، أو الغموض ، فلا يجوز حمايتها ولا يشكل الاعتداء عليها جريمة يعاقب عليها القانون ، وبالتالي لا محل لتدخل النيابة العامة لحمايتها . ولكن هل يشترط فى الحيابة أن تكون قد استمرت مدة سنة ؟ ان الاجابة على هذا السؤال لا تكون الا بالنفى ، ذلك لأنه لا يشترط لحماية الحيابة جنائية أن تكون حيابة الحائر المعتدى على حيابته مدة سنة سابقة على الاعتداء عليها ، وذلك تأكيدا لفاعلية نصوص التحريم ، واعمالا للحكمة التى اراد المشرع تحقيقها من استحداث هذا التنظيم الجديد للحيابة . فضلا عن ان المشرع الجنائى لا يتدخل لحماية الحيابة الا فى حالتين هما ارتكاب جريمة فى العقار ، أو منع حيابة الحائر بالقوة ، وان المشرع المدنى يحمى الحائر الذى اغتصبت حيابته بالقوة ولو لم تكن حيابته قد استمرت مدة سنة .

الفصل الثانى

صـور الاعتداء المجرم على الحيابة

٣٨٩ - تعدد أفعال الاعتداء على الحيابة المعاقب عليها :

عاقب المشرع جنائيا - بمقتضى الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، فى المواد ٣٦٩ - ٣٧٣ منه ، معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ على ارتكاب عدد من أفعال الاعتداء على حرمة « ملك الغير » . وهذه الأفعال المعاقب عليها هى :

اولا : الدخول فى عقارات الغير بقصد منع حيابته أو ارتكاب جريمة فيه :

عاقبت المادة ٣٦٩ على كل من دخل عقارا فى حيابة آخر بقصد منع

حيازته بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة فيه ، أو كان قد دخله بوجه قانوني وبقي فيه بقصد ارتكاب شيء مما ذكر ، وذلك بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه . والعقارات المقصودة في هذا الخصوص هي الأراضي بأنواعها ، المزروعة وغير المزروعة .

ثانيا : دخول الأماكن المسكونة بقصد منع الحيازة أو ارتكاب جريمة فيه :

كما تعاقب المادة ٣٧٠ من القانون نفسه كل من دخل بيتا مسكونا أو معدا للسكنى أو في أحد ملحقاته أو سفينة مسكونة أو في محل معد لحفظ المال وكانت هذه الأشياء في حيازة آخر قاصدا منع حيازته بالقوة أو ارتكاب جريمة فيها . أو دخلها بوجه قانوني وبقي فيها بقصد ارتكاب شيء مما ذكر بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه .

ثالثا : الاختفاء في الأماكن المسكونة الموجودة في حيازة الغير :

عاقبت المادة ٣٧١ عقوبات كل من وجد في إحدى المحلات المنصوص عليها في المادة السابقة (٣٧٠) مختفيا عن أعين من لهم الحق في إخراجه بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه ، وهذه الجريمة قاصرة على المباني وملحقاتها ، سواء كانت من المنازل أو المحال وكذلك السفن المسكونة .

رابعا : الدخول في عقارات الغير وعدم الخروج منها :

وأخيرا عاقبت المادة ٣٧٣ كل من دخل أرضا زراعية أو فضاء أو مباني أو بيتا مسكونا أو معدا للسكنى أو في أحد ملحقاته أو سفينة مسكونة أو في محل لحفظ المال ، ولم يخرج منه بناء على تكليفه ممن لهم الحق في ذلك بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه .

وهذه الجريمة تقع على جميع العقارات سواء كانت أراض زراعية أو أراض فضاء أو كانت من المباني .

يبين مما تقدم أن الأفعال السابقة ، بصورها المختلفة تتضمن اعتداء على الحيازة قد يتمثل فى تعرض المعتدى على حيازة الحائز تعرضا ماديا ، يمنعه مؤقتا من الانتفاع بحيازته ، مثل جعل العقار مسرحا لجريمة جنائية ، أو الاختفاء فى عقار مبنى عن أعين الحائز أو الدخول فى عقار أيا كانت طبيعته والبقاء فيه وعدم الخروج منه رغم تكليفه بذلك كما قد يتمثل الاعتداء فى سلب الحيازة فعلا ، وذلك فى حالة الدخول الى عقار أيا كانت طبيعته بقصد منع حيازة الحائز بالقوة .

وتكريسا لبدا شرعية الجرائم والعقوبات ، فإن جميع أفعال 'الاعتداء الأخرى على الحيازة' والتي لا تندرج تحت نص من.شصوص التجريم السابقة ، لا تعتبر فعلا جنائيا معاقبا عليه ، وبالتالي لا تكون للنيابة العامة التدخل بشأنها واتخاذ أى إجراءات وقتية لحماية الحيازة .

وعليه فالاختفاء فى عقار من العقارات غير المبنية مثل الأراضى 'الزراعية' ، وما فى حكمها لا يمثل اعتداء على الحيازة مكونا لجريمة من جرائم الحيازة . طالما لم يكن الدخول الى هذا العقار بقصد ارتكاب جريمة فيه أو بقصد منع حيازة الحائز بالقوة .

وكذلك الدخول فى عقار من العقارات أيا كانت طبيعته وعدم 'خروج منه طالما لم يتم تكليف من دخل العقار بالخروج منه ممن لهم 'الحق فى اخراجه' ، الا اذا كان الدخول بقصد ارتكاب جريمة أو منع حيازة 'الحائز بالقوة' .

الفرع الثانى

النظام القانونى لحماية الحيابة جنائيا ومشكلاته

الفصل الأول

النظام القانونى لحماية الحيابة جنائيا

٣٩٠ - عناصر هذا النظام :

تنص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات المضافة بالقانن رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ على أنه « يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة من هذا الباب (المواد ٣٦٩ وما بعدها عقوبات) أن تأمر باتخاذ اجراء تحفظى لحماية الحيابة . على أن يعرض الامر خلال ثلاثة ايام على القاضى الجزئى المختص لاصدار قرار مسبب خلال ثلاثة ايام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بالغائه » .

ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوما من تاريخ صدور هذا القرار ، وعلى المحكمة الجنائية - عند نظر الدعوى الجنائية - أن تفصل فى النزاع بناء على طلب النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال ويعد سماع أقوال ذوى الشأن بتأييد القرار أو بالغائه ، وذلك كله دون مساس باصل الحق .

ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كان لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار اليها ، وكذلك اذا صدر أمر بالحفظ أو بالا وجه لاقامة الدعوى .

يبين من النص المتقدم أن المشرع - فى سبيل حمايته للحيابة حال الاعتداء عليها جنائيا - قد وضع تنظيما اجرائيا لحمايتها ، يختلف عن ذلك التنظيم الذى تضمنته القواعد العامة ويبين ذلك مما يأتى :

١ - الجهة المنوط بها حماية الحيابة جنائيا : من الثابت أن القضاء المدنى بتشكيلاته المختلفة هو الجهة القضائية المنوط بها حماية الحيابة

من الاعتداء عليها ، عندما يتم رفع الدعوى المدنية اليه بالاجراءات التى يحددها قانون المرافعات . سواء امام قاضى الموضوع أو امام القضاء المستعجل ، بحسب الاحوال .

الا أن المشرع بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ قد خرج على ذلك ، وأعطى النيابة العامة سلطة اتخاذ اجراءات تحفظية لحماية الحياة على ان تعرض - وجوبا - بعد ذلك على القاضى الجزئى المختص لتأييد أو تعديل أو الغاء قرار النيابة فى هذا الشأن .

وبصدور القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ ، فقد أصبحت للنياية العامة سلطة التدخل فى المنازعات المدنية حول الحياة ، بل وإصدار قرارات وقائية لحماية الحياة ، ولم يعد هناك مجال للتشكيك فى شرعية هذه القرارات ، صحتها أو بطلانها بزعم أنها تصدر عن النيابة فى غير وظيفتها . اذ اجاز المشرع للنياية عند الاعتداء على الحياة - فى الحالات التى يشكل فيها الاعتداء عليها جريمة جنائية - أن تأمر باتخاذ اجراء تحفظى لحماية الحياة بشرط ان يعرض قرارها على القاضى الجزئى المختص لإصدار قرار مسبب بتأييد أو الغاء أو تعديل قرار النيابة .

٢ - اجراءات الحصول على حماية الحياة : والثابت أيضا - وفقا للقواعد العامة - ان المعتدى على حيازته يستطيع الحصول على حماية حيازته ، بالتجائه الى القضاء المدنى بدعوى من دعوى الحياة ، بالاجراءات التى رسمها القانون فى هذا الخصوص ، أى بإيداع صحيفة دعواه قلم كتاب المحكمة المختصة (موضوعية كانت أو مستعجلة) ، يتم إعلانها الى الخصم الآخر بالطرق المحددة قانونا .

اما المتزعج الجنائى - فى تنظيمه الجديد - لم يتطلب من الحائز - حال وقوع الاعتداء على حيازته ، اعتداء يجرمه القانون - أن يرفع دعوى بالاجراءات المعتادة ، بل يكفيه فحسب إبلاغ النيابة العامة بالاعتداء على حيازته ، ثم تتولى النيابة العامة امر تحقيق هذا البلاغ ، فإن رأت جدية الانهاك أصدرت قرارا تحفظيا لحماية الحياة ، ثم تتولى هى عرضه على القاضى الجزئى المختص ، فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ

اصدارها للقرار ، ويجب على القاضى الجزئى فى خلال ثلاثة أيام من عرض الأمر عليه ، أن يصدر قرارا مسببا بتأييد أمر النيابة أو بتعديله أو بالغائه .

وعلى النيابة العامة بعد ذلك رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوما من تاريخ صدور هذا القرار ، الى المحكمة الجنائية ، التى تفصل فى النزاع حول الحيازة بناء على طلب النيابة أو المتهم أو المدعى بالحقوق المدنية ، بعد سماع أقوال ذوى الشأن ، بتأييد القرار أو بالغائه وذلك كله دون مساس بأصل الحق .

يبين مما تقدم جميعه أن المشرع الجنائى لم يلزم الخصوم باتخاذ أية إجراءات من جانبهم لحماية الحيازة - حال الاعتداء عليها جنائيا ، بل عهد بذلك الى النيابة العامة بوصفها صاحبة الدعوى العمومية ، وعلى ذلك فلا يلتزم المعتدى على حيازته الا بإبلاغ النيابة العامة . فلا يستطيع الخصم اللاتجاء الى القاضى الجزئى مباشرة . كما لا يلتزم حتى بعد صدور قرار النيابة ، أن يعرض الأمر على هذا القاضى الجزئى - بعريضة - ليصدر أمره على احدى نسختيها ، لأن ذلك يدخل فى مهمة النيابة العامة التى أصدرت القرار التحفظى .

ولم تبين المادة ٣٧٣ مكرر من قانون العقوبات الاجراءات التى يلتزم القاضى الجزئى باتخاذها بعد عرض الأوراق عليه ليصدر قراره المسبب . وهل يصدره فى جلسة علنية يعلن بها الخصوم أو يصدره فى غيبتهم كما هو المتبع فى الأوامر على العرائض ؟ وهل يتم اعلان قرار القاضى الجزئى الى الخصوم - ان اتخذ فى غيبتهم - أم لا ؟

وأزاء مكوت المشرع ، فإن قرار القاضى الجزئى - فى رأينا - لا يعدو أن يكون قرارا ولائيا يصدره القاضى بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ، شأنه فى ذلك شأن الأوامر على العرائض ، وبالتالي فهو يصدر من القاضى فى غيبة الخصوم ، ولا يتم اعلانه اليهم حتى بعد اصداره ، وإنبا على الخصوم تتبع هذا القاضى وما اتخذ فى الأوراق التى عرضت

عليه من النيابة العامة ، ويكون لهم الحق فى استخراج صورة رسمية من قرار القاضى الجزئى يمكن التنفيذ بمقتضاها .

واذا حدث وأصدرت النيابة قرارا بشأن الحيازة ، ولم تعرضه على القاضى الجزئى المختص فى الميعاد الذى حدده المشرع أو عرضته فى الميعاد ولم يصدر القاضى الجزئى قراره المسبب فى خلال الميعاد الذى حدده النص ، أو أصدره فى الميعاد الا أن النيابة العامة لم ترفع الدعوى الجنائية فى الميعاد المنصوص عليه ، فان الأمر الصادر بشأن الحيازة - سواء كان قرار النيابة أو كان قرار القاضى الجزئى - يعتبر كأن لم يكن ، ويعود الوضع بالنسبة للحيازة الى ما كان عليه قبل صدور القرار التحفظى من النيابة العامة .

الفصل الثانى

المشكلات التى اثارها التنظيم الجديد

لحماية الحيازة

٣٩١ - تمهيد :

اثار التنظيم الجديد لحماية الحيازة الوارد بالمادة ٣٧٣ مكررا من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الكثير من المشكلات القانونية ، والتى اثارها العديد من التساؤلات حولها . ونبين ذلك فيما يلى :

أولا - حدود سلطة النيابة :

رأينا أن المشرع بالتعديل المتقدم ، قد أوجد السند القانونى لتدخل النيابة فى منازعات الحيازة بعد أن كانت تتدخل فيها قبل ذلك دون سند من القانون ، الأمر الذى أوجد ظللا من الشك حول شرعية تدخلها فى هذه المسائل . ولما جاء هذا السند متمثلا فى نص المادة ٣٧٣ مكرر الشهيرة ، فانه ولا شك جاء على خلاف الأصل العام ، وانما - نظرا لضرورة احترام هذا النص - يلزم اقتصار تدخل النيابة فى منازعات

الحيازة على الحالات التى حددها النص ، وهى الحالات التى يمثل الاعتداء فيها على الحيازة جريمة جنائية أو الحالات الأخرى التى ينص القانون عليها صراحة ، فلا يكون للنياية سلطة التدخل لحماية الحيازة ولو باتخاذ اجراءات تحفظية خارج هذه الحالات . وان فعلت شيئاً من ذلك - فانها ولا شك تكون قد اغتصبت سلطة القضاء المدنى ، ويكون عملها منعداً يمكن الغاؤه بدعوى مبتدأة أمام القضاء المدنى أو عدم الاعتراف بقراراتها أمام القضاء المستعجل . ويترتب على ذلك ما يلى :

١ - ليس للنياية العامة أن تصدر قرارات تحفظية بشأن الحيازة فى الحالات التى لا يشكل فيها الاعتداء على الحيازة جريمة جنائية . اذ يبقى للقضاء المدنى السلطة كاملة فى هذه الحالات .

٢ - ليس للنياية العامة سلطة اتخاذ أية اجراءات بشأن منازعات الميازاة الواقعة بين المطلقة الحاضنة ومطلقها حول منزل الزوجية . لأن هذه المنازعات تظل محكومة بمقتضى المادة الرابعة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والتى يكون الاختصاص فيها للنائب العام أو المحامى العام .

٣ - ليس للنياية العامة - حتى فى الحالات التى ينطوى الاعتداء فيها على الحيازة على جريمة جنائية - الا اتخاذ اجراءات وقتية تحفظية بشأن الحيازة ، فليس لها أن تنهى النزاع بين الخصوم حول الحيازة ، ولا أن تفصل فى أصل العلاقة المدنية بين المتنازعين .

ثانياً - الاختصاص بالفصل فى منازعات الحيازة :

جعل المشرع بالتعديل سالف الذكر - من القاضى الجزئى هو جهة الاختصاص بالفصل فى منازعات الحيازة فى الحالات التى يشكّل الاعتداء عليها جريمة جنائية ، باصدار قرارات مسببة لحماية الحيازة ، سواء كانت بتأييد قرارات النياية العامة أو بتعديلها أو بالغائها ، وذلك ايا كانت قيمة العقار محل الحيازة .

فالقاضي الجزئي المختص ، والذي أطلق عليه « قاضي الحيابة » هو الجهة التي تصدر القرارات الوقتية بشأن الحيابة في حالات الاعتداء عليها المشكل لجريمة جنائية وذلك بعرض الأوراق عليه من النيابة العامة وليس الخصوم . وعليه فلا يجوز للنياية العامة أن تعرض الأوراق على قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة المختصة .

وبثور التساؤل حول المقصود بعبارة « القاضي الجزئي المختص » الوارد في سياق النص المتقدم . وهل يقصد به المحكمة الجزئية بوصفها محكمة موضوع ، أم بوصفه قاضيا مستعجلا أم بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ؟

وسرعان ما يتبدد هذا التساؤل ، إذا علمنا أنه لا يمكن الالتجاء إلى المحكمة الجزئية أو القاضي الجزئي بوصفه قاضيا مستعجلا إلا بالاجراءات التي رسمها قانون المرافعات ، أي بإيداع صحيفة دعوى قلم كتاب المحكمة من جانب المدعى مستوفية لبيانات الدعوى ، يتم اعلانها بالطريق الذي رسمه القانون إلى المدعى عليه . لأن القاضي الجزئي (كمحكمة موضوع - أو محكمة مستعجلة) إنما يصدر أحكاما قضائية بالمعنى الفني ، وهو لا يستطيع اصدارها إلا في خصومة منعقدة قانونا بين طرفيها .

وحيث أن القاضي الجزئي المختص « قاضي الجيازة » وهو يصدر قراره المسبب - بعد عرض الأوراق عليه من النيابة العامة - بتأييد أو بتعديل أو بإلغاء القرار التحفظي الصادر منها ، إنما يصدره في غير خصومة رفعت إليه بالطريق القانوني ، وبغير اجراءات ، وفي غيبة الخصوم ، فإنه والحال كذلك لا يعدو أن يكون قاضيا للأمور الوقتية ، ويكون قراره بمثابة قرار ولائي أي أمر على عريضة .

ولا يغير من هذا النظر كون القرار الصادر من القاضي الجزئي لابد وأن يكون مسببا لأن تسبیب هذا القرار لا يخرجہ عن طبيعته الولائية . خاصة وأن القانون ينص على ضرورة تسبیب الأوامر على عرائض ان كانت صادرة على خلاف أوامر سابقة . وتسبیب الأمر الجديد لم يخرجہ عن كونه أمرا على عريضة .

كما لا يغير من هذا النظر أيضا كون القرار الصادر من القاضى الجزئى لا يصدر منه على عريضة مقدمة اليه من أحد ذوى الشأن على النحو المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ مرافعات . اذ كثيرا ما يصدر قاضى الأمور الوقتية أوامر منه بعد عرض الأوراق عليه من قبل المحضر مثلما تنص عليه المادة ٨ مرافعات من أنه « اذا تراعى للمحضر وجه فى الامتناع عن الاعلان وجب عليه عرض الأمر فورا على قاضى الأمور الوقتية ليأمر ... باعلان الورقة أو بعدم اعلانها ... » وكذلك المادة ٣٦٥ مرافعات توجب على المحضر رفع الأمر الى قاضى التنفيذ (بوصفه قاضيا للأمور الوقتية) ليأمر بنقل الأشياء المحجوزة وايداعها لدى أمين يقبل الحراسة أو بتكليف أحد رجال الادارة بالمنطقة الحراسة اذا لم يكن المدين (المحجوز عليه) حاضرا توقيع الحجز .

وإذا انتهينا الى أن المقصود بالقاضى الجزئى المختص بالنسبة لمنازعات الحيازة ، هو القاضى الجزئى بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ، فإن ما يصدره فيها من قرارات مسببة لا تعدو أن تكون قرارات ولائية أى بمثابة أوامر على عرائض . وهو الأمر الذى يستوجب - منطقيا - خضوع هذه القرارات للنظام القانونى الذى يحكم الأوامر على العرائض ، وأهمها قابلية هذه الأوامر للتظلم منها ، أما الى القاضى الأمر ، وأما الى المحكمة التابع لها فضلا عن نفاذ هذه الأوامر نفاذا معجلا وبقسوة القانون .

الا أن المشرع الجنائى ، لم ينص على قابلية القرارات الصادرة من قاضى الحيازة للتظلم منها . فهل يفسر سكوته هذا على نهائية هذه القرارات . أم قابليتها للتظلم منها وفقا للقواعد العامة ؟ .

أوجب المشرع على النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية الى المحكمة الجنائية المختصة خلال ستين يوما من تاريخ صدور القرار التحفظى بشأن الحيازة الصادر من قاضى الحيازة - فى رأينا - وأوجب المشرع على المحكمة الجنائية أن تفصل فى النزاع بشأن الحيازة - متى طلب منها ذلك - بتأييد القرار أو بالغائه دون مساس بأصل الحق . ومعنى ذلك أن المشرع

قد جعل من المحكمة الجنائية جهة الفصل فى سلامة أو عدم سلامة القرار الصادر من قاضى الحيازة ، الأمر الذى يؤدى - منطقيا - الى القول بأن القرار الولائى الصادر من قاضى الحيازة لا يتظلم منه أمام المحكمة المدنية التابع لها قاضى الحيازة ، وانما يتم ذلك أمام المحكمة الجنائية ، وهذا هو وجه الشذوذ فى هذا التنظيم . ويبدو من وجهين :

١ - أن قاضى الحيازة بوصفه قاضيا للأمور الوقتية ، يعتبر قاضيا مدنيا الأمر الذى يستوجب أن تتم مراجعة قراراته أمام المحكمة المدنية التابع لها . وهذا ما لم يفعله المشرع فى هذا النص .

٢ - أصبح الفصل وقتيا فى مسائل الحيازة - حال الاعتداء عليها جنائيا - من اختصاص القضاء الجنائى ، وبذلك يكون المشرع قد أخرج هذه المسائل من اختصاص الولائى للمحاكم المدنية بالرغم من أنها مسائل مدنية بالمعنى الفنى .

ثالثا - وقتية الحماية الجنائية :

وبعد أن انتهينا من عرض عناصر التنظيم القانونى لحماية الحيازة جنائيا ، يبين لنا أن هذه الحماية ليست الا حماية وقتية لمركز واقعى هو الحيازة المادية . وأن هذه الحماية لا تمنع بحال من اللجوء الى القضاء المدنى حصولا على حمايته النهائية بشأن الحيازة ، بوصفه القضاء المختص بالفصل فى هذه المسائل يؤيد ذلك ما يلى :

١ - ان النيابة - ان رأت جنية الاتهام - تلمر باتخاذ اجراء تحفظى لحماية هذه الحيازة ، فالنيابة لا تستطيع بقرار منها أن تتخذ أمرا من شأنه انهاء المنازعة حول الحيازة .

٢ - ان قرار النيابة التحفظى يفرض وجوبا على القاضى الجزئى المختص ليصدر قرارا مسببا بتأييد أو تعديل قرار النيابة . وأن هذا القرار المسبب وعلى ما رأينا - لا يعنى أن يكون قرارا ولاثبا صادرا بمقتضى السلطة الولائية للقاضى الجزئى يصدره بوصفه قاضيا للأمور الوقتية .

فالقاضي الجزئى لا يصدر حكما من شأنه تحقيق الحماية الكاملة للحيازة ،
أى حكما قضائيا بالمعنى الفنى .

٣ - وحتى المحكمة الجنائية - عندما يطلب اليها الفصل فى النزاع
عند رفع الدعوى الجنائية اليها ، فانها لا تحقق الحماية النهائية ، لأنها
لا تفصل فى أصل الحيازة ، لأنها ممنوعة من المساس بأصل الحق .
وانما تقتصر سلطتها على مجرد تأييد أو إلغاء القرار الولائى الصادر من
القاضى الجزئى . فهى - أى المحكمة الجنائية - والحال كذلك لا تعدو
أن تكون جهة مراجعة للقرار الولائى ، وبالتالي فلا يمكن أن تكون لها
أكثر من السلطة التى كانت للقاضى الجزئى الذى أصدر القرار الولائى محل
هذه المراجعة ، فلا يجوز للمحكمة الجنائية أن تفصل فى النزاع حول
الحيازة فيما يجاوز ما كان لهذا القاضى الجزئى . ويكون الحكم الجنائى
هو الآخر مانحا الحماية الوقتية للحيازة .

٤ - حرص المشرع الجنائى على النص على وقتية حماية الحيازة
بنصه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات على أن « ذلك كله
(أى الاجراءات الصادرة بشأن حماية الحيازة) دون مساس بأصل
الحق » والمقصود بأصل الحق الوارد فى هذه العبارة فى رأينا هو الفصل
فى احقية حيازة الحائز المعتدى عليه ومدى قانونية سيطرته المادية على
الشيء محل الحيازة ، وهل حيازته جديرة بحمايتها أى هل حيازته حيازة
قانونية مستوفية لعنصرها المادى والعنوى ، وخالصة من كافة عيوبها
أم لا . لأن الفصل فى هذه الأمور يكون مجالا لدعوى موضوعية من دعاوى
الحيازة التى ترفع الى المحاكم المدنية - وفقا لقواعد الاختصاص -
بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

ولا يغير من هذا الفهم القول : بأن المقصود بعبارة « دون مساس
بأصل الحق » الفصل فى بيان الحق الموضوعى الذى تستند عليه الحيازة ،
أى الفصل فيما إذا كان الجائز المعتدى على حيازته هو نفسه صاحب
الحق على العقار محل الحيازة أم لا أى مالك العقار . لأن هذا الفهم تمليه

القواعد العامة فى حماية الحيابة ، لأن المشرع يحمى الحيابة مدنىبا لذاثا ومستقلة عن الحق ولا يكون للقضاء المدنى وهو بصدد الفصل فى دعوى الحيابة المساس باصل الحق أو الحكم فيه ثبوتا أو نفايا على النحو الذى تنظمه المادة ٤٤ من قانون المرافعات . فلو كان المشرع الجنائى يقصد هذا المعنى ، فما كان بحاجة الى النص عليه وان نص عليه ، فإن ذلك يعتبر منه تزييدا وهو ما نزه المشرع عنه .

هـ - ان القول بان الحماية الجنائية للحيابة هى حماية وقتية يجنبنا الكثير من المشكلات القانونية فضلا عن أنه لا يجرم الخصوم فى الحيابة من اللاتجاء الى القضاء المدنى للحصول على حمايته فى مسألة مدنية. بحتة هى الحيابة وتكون لهم الحرية فى التقدم بكل دفاعهم ودفعهم بشأنها وفقا للقانون . وبالإضافة الى كل ما تقدم فان القول بغير ذلك من شأنه أن يخرج الحيابة من ولاية القضاء المدنى وهو الأمر المتعلق بالنظام العام ليحضرها فى ولاية القضاء الجنائى والعرف لأن هذا القضاء الأخير لا يختص بالفصل فى الدعوى المدنية الا على سبيل الاستثناء البحت تبعا لاختصاصه بالدعوى الجنائية والتي كثيرا ما تكون الدعوى المدنية مرفوعة بطلب التعويض على الأضرار لتى سببتها الجريمة ، ونحيث لا يكون موضوع الدعوى المدنية تعويض عن الجريمة فلا يكون القضاء الجنائى مختص بنظرها .

نخلص من كل ما تقدم الى أن الحماية الجنائية للحيابة لا تعدو ان تكون حماية وقتية لها ، وهى لذلك لا تمنع بحال من الحصول على الحماية الموضوعية لها من القضاء المدنى صاحب الاختصاص الاصيل بالفصل فيها وفقا لأحكام القانون المنظم للقضاء المدنى ، كما أن الحماية الجنائية للحيابة - حال الاعتداء عليها جنائيا - لا تقيد المحكمة المدنية عند نظر الدعوى المدنية ، لأنها حماية وقتية . ولا يثور فى هذا المقام امر حجية الحكم الجنائى بالنسبة للمحكمة المدنية ، نظرا لاختلاف الموضوع فى الدعويين خاصة وأن الحكم الجنائى لم يكن قد فصل فى موضوع الحيابة بمعناه المعروف فى فقه القانون المدنى . وانما يكون قد

فصل فحسب في أمر الحيابة المادية . وحتى لو سلمنا بان الحكم الجنائي يحوز حجيته بالنسبة للدعوى المدنية ، فانه لا يحوز حجيته الا بالنسبة للموضع المادى للحيابة . ويكون من ثم للخصم الآخر أن يرفع الدعوى المدنية لا لتفى هذه الحيابة المادية ولكن لاثبات انتفاء العنصر المعنوى فى الحيابة للتوصل الى حماية حيازته القانونية التى توافرت شروطها الأخرى .

المحتويات

الموضوع	الصفحة
تمهيد - ضرورة القانون	٣
- ضرورة القضاء	٥
- قانون القضاء المدنى وموضوعاته وخصائمه	٨
- النطاق الزمنى لقوانين القضاء المدنى	٢٥

الجزء الاول

النظام القضائى

الباب الاول

وظيفة القضاء

الفصل الاول : الوظيفة القضائية	٤٧
المبحث الاول : تمييز وظيفة القضاء	٥٠
المطلب الاول : الوظيفة القضائية والوظيفة التشريعية	٥٠
المطلب الثانى : الوظيفة القضائية والوظيفة التنفيذية	٥٤
الفرع الاول : الاتجاه الشكلى	٥٦
الفرع الثانى : الاتجاه الموضوعى	٦٣
الفرع الثالث : الوظيفة القضائية فى رأينا	٨٠
المبحث الثانى : خصائص العمل القضائى	٨٧
المبحث الثالث : صور الحماية القضائية	٩٥
المطلب الاول : الحماية الموضوعية (القضاء الموضوعى)	٩٦
المطلب الثانى : الحماية الوقفية (القضاء الوقتى أو	
المستعجل	١٠٤

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول : مفهوم القضاء الوقتي ومضمونه	١٠٤
الفرع الثاني : شروط منح الحماية الوقتية .	١١٠
القصد الأول : شروط الاختصاص .	١١٠
القصد الثاني : شروط القبول . . .	١١٧
الفرع الثالث : إجراءات الحصول على الحماية الوقتية وقواعدها . . .	١٢٦
القصد الأول : إجراءات رفع الدعوى الوقتية	١٢٦
القصد الثاني : نظر الدعوى الوقتية .	١٣٠
المطلب الثالث : الحماية التنفيذية (التنفيذ القضائي)	١٤٠

الفصل الثاني : الوظيفة الولائية للقضاء

المبحث الأول : فكرة الوظيفة الولائية ومعياري تمييزها	١٤٥
المطلب الأول : فكرة الوظيفة الولائية . . .	١٤٥
المطلب الثاني : معيار الأعمال الولائية . . .	١٤٩
المبحث الثاني : الأعمال الولائية ونظامها القانوني . . .	١٥٤
المطلب الأول : تقسيمات الأعمال الولائية . . .	١٥٤
المطلب الثاني : النظام القانوني للأعمال الولائية	١٥٥
المبحث الثالث : الأوامر على العرائض . . .	١٥٧
المطلب الأول : فكرة الأمر على عريضة . . .	١٥٧
المطلب الثاني : النظام الاجرائي للأوامر على العرائض	١٥٩
المطلب الثالث : التظلم من الأوامر على العرائض	١٦٥
الفرع الأول : قواعد رفع التظلم وإجراءاته	١٦٥
الفرع الثاني : إجراءات الحكم في التظلم	١٦٩

الباب الثانى

القضاة واعوانهم

الموضوع	الصفحة
الفصل الاول : القضاة	١٧٣
المبحث الاول : اختيار القضاة	١٧٥
المطلب الاول : الاختيار بالانتخاب	١٧٥
المطلب الثانى : الاختيار بالتعيين	١٧٧
المطلب الثالث : اختيار القضاة فى النظام المصرى	١٧٩
المبحث الثانى : ضمانات القضاة	١٨٤
المطلب الاول : ضمانات استقلال القضاة عن الحكومة	١٨٥
المطلب الثانى : ضمانات حياد القاضى	١٩٩
اولا - حالات عدم صلاحية القضاة	٢٠١
ثانيا - رد القضاة	٢٠٨
المطلب الثالث : ضمانات القضاة عند مباحثتهم	٢٢٣
الفرع الاول : مفهوم نظام المخاصمة وحالاته	٢٢٤
الفرع الثانى : النظام الاجرائى لمخاصمة القضاة	٢٣٠
الفصل الثانى : اعوان القضاة	٢٣٧
المبحث الاول : النيابة العامة ودورها	٢٣٨
المطلب الاول : فكرة النيابة العامة وتشكيلها	٢٣٨
المطلب الثانى : دور النيابة العامة واجراءاته	٢٤١
الفرع الاول : دور النيابة العامة أمام القضاء	٢٤١
الفرع الثانى : النظام الاجرائى لتدخل النيابة العامة واثره	٢٤٩

الصفحة	الموضوع
٢٥٢	المبحث الثاني : اعوان القضاة من غير أعضاء النيابة
٢٥٢	المطلب الأول : اعوان القضاة من موظفي المحاكم
٢٥٣	المطلب الثاني : اعوان القضاة من غير موظفي المحاكم
٢٥٤	الفرع الأول : المحامون
٢٦٥	الفرع الثاني : الخبراء
	الباب الثالث
	القضاء ولايته
٢٧١	الفصل الأول : جهات القضاء في الدولة
٢٧٤	المبحث الأول : جهتا القضاء العام
٢٧٤	المطلب الأول : (القضاء العادي والمحدث)
	الفرع الأول : محاكم القضاء المدني وتشكيلاته
٢٧٤	المختصة
	الفرع الثاني : محاكم القضاء الجنائي وتشكيلاته
٢٨٥	المختصة
٢٨٨	المطلب الثاني : القضاء الإداري
٢٩٤	المبحث الثاني : الجهات القضائية المحدودة الولاية
٢٨٨	المطلب الثاني : القضاء الإداري
٢٩٤	المطلب الأول : المحاكم الخاصة ومشروعيتها
٣٠٢	المطلب الثاني : جهات القضاء المحدودة الولاية
٣١٣	الفصل الأول : ولاية القضاء العادي
٣١٤	المبحث الأول : ولاية قضاء الدولة وحدودها
٣٢٢	المبحث الثاني : نطاق ولاية القضاء العادي
٣٢٨	المبحث الثالث : انتفاء الولاية والتنازع بشأنها

الموضوع	الصفحة
الباب الزايع	
قواعد الاختصاص	
الفصل الأول : أنواع الاختصاص	٣٥٥
المبحث الأول : الاختصاص القيمي	٣٥٧
المطلب الأول : توزيع الاختصاص القيمي	٣٥٧
المطلب الثاني : القواعد العامة في تحديد قيمة الدعوى	٣٦١
المطلب الثالث : كيفية تقدير قيمة الدعوى	٣٧٥
المبحث الثاني : الاختصاص النوعي	٣٨٤
المطلب الأول : الاختصاص النوعي للمحاكم الجزئية	٣٨٥
المطلب الثاني : الاختصاص النوعي للمحاكم الابتدائية	٣٩٥
المبحث الثالث : الاختصاص المحلي	٣٩٩
المطلب الأول : القاعدة العامة (محكمة موطن المدعى عليه)	٤٠٠
المطلب الثاني : القواعد الخاصة في الاختصاص المحلي	٤٠٤
المبحث الرابع : الاختصاص المتعلق بالوظيفة	٤١٦
المبحث الخامس : الاختصاص بالمسائل الفرعية ومسمى	
تأثيرها على قواعد الاختصاص	٤٢٣
المطلب الأول : الاختصاص بالمسائل الفرعية	٤٢٣
المطلب الثاني : تأثير المسائل الفرعية على قواعد الاختصاص	٤٣٦
الفصل الثاني : طبيعة قواعد الاختصاص ومشاكله	٤٤١
المبحث الأول : طبيعة قواعد الاختصاص	٤٤١
المطلب الأول : مدى تعلق قواعد الاختصاص بالنظام	٤٤١
الخصام	

الصفحة	الموضوع
	المطلب الثاني : نتائج تعلق قواعد الاختصاص بالنظام
٤٤٥	المعام
٤٤٩	المبحث الثاني : مشاكل الاختصاص
٤٤٩	المطلب الأول : الاختصاص والتنازع فيه
٤٥٥	المطلب الثاني : الاحالة وأنواعها ووسيلتها
٤٥٥	الفرع الأول : مفهوم الاحالة وأهميتها
٤٥٦	الفرع الثاني : حالات الاحالة
٤٦٦	الفرع الثالث : وسيلة الاحالة
	الباب الخامس
	الدعوى القضائية
٤٧١	تمهيد
٤٧٧	الفصل الأول : فكرة الدعوى
٤٧٩	المبحث الأول : تعريف الدعوى وطبيعتها
٤٧٩	المطلب الأول : تعريف الدعوى
٤٨٦	المطلب الثاني : طبيعة الحق في الدعوى
٤٩٩	المبحث الثاني : تمييز حق الدعوى وخصائصه
٤٩٩	المطلب الأول : تمييز حق الدعوى
٥٠٢	المطلب الثاني : خصائص الحق في الدعوى
٥٠٦	المبحث الثالث : عناصر الدعوى القضائية
٥٠٦	المطلب الأول : أهمية تحديد عناصر الدعوى
٥٠٩	المطلب الثاني : تحديد عناصر الدعوى
٥٢١	الفصل الثاني : شروط الدعوى
٥٢٣	المبحث الأول : الشروط الإيجابية
٥٢٥	المطلب الأول : المصلحة في الدعوى

المصنعة

الموضوع

- ٥٢٥ . . . الفرع الأول : تعريف المصلحة
- ٥٢٦ . . . الفرع الثاني : شروط المصلحة
- ٥٢٩ . . . أولا : قانونية المصلحة
- ٥٣٧ . . . ثانيا : واقعية المصلحة
- ٥٤٠ . . . ١ - الضرر الحال
- ٥٤٣ . . . ٢ - الضرر المحتمل
- ٥٥٨ . . . المطلب الثاني : الصفة في الدعوى
- ٥٥٨ الفرع الأول : المتصود بالصفة في الدعوى
- ٥٦٣ . . . الفرع الثاني : نوعا الصفة في الدعوى
- الفرع الثالث : الصفة في الدفاع عن المصالح
- ٥٦٥ . . . العامة والجماعية
- ٥٦٥ أولا : الصفة في الدفاع عن المصالح العامة
- ٥٦٧ ثانيا : الصفة دفاعا عن المصالح الجماعية
- ٥٧١ المبحث الثاني : الشروط السلبية
- ٥٧٥ الفصل الثالث : تقسيمات الدعاوى
- ٥٧٦ . . . المبحث الأول : تقسيم الدعاوى بحسب المطلوب فيها
- ٥٧٦ المطلب الأول : الدعاوى التقريرية ، المنشئة ودعاوى
- ٥٧٦ الإلزام
- ٥٧٨ . . . المطلب الثاني : أهمية هذا التقسيم
- ٥٧٩ المبحث الثاني : دعاوى الحق
- ٥٧٩ المطلب الأول : تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة الحق
- الفرع الأول : الدعاوى الشخصية والعينية
- ٥٧٩ والمختلطة
- ٥٨١ . . . الفرع الثاني : أهمية هذا التقسيم
- ٥٨٢ المطلب الثاني : تقسيمات الدعاوى بحسب طبيعة المال

الصفحة	الموضوع
	الفرع الأول : الدعاوى العقارية والدعاوى
٥٨٢	المنعسولة
٥٨٤	الفرع الثاني : أهمية هذا التقسيم
٥٨٥	المبحث الثاني : الحيابة وحمايتها
٥٨٥	المطلب الأول : فكرة الحيابة وسبب حمايتها ونطاقها
٥٨٥	الفرع الأول : فكرة الجيازة
٥٨٥	١ - تعريف الحيابة
٥٨٨	٢ - الحيابة التي تحببها الانتظمة
٥٩٦	الفرع الثاني : علة حماية الحيابة ونطاقها
	المطلب الثاني : العملية المدنية للحيابة (دعاوى
٦٠٠	الحيابة)
٦٠٠	الفرع الأول : شروط دعوى الحيابة
	الفصل الأول : الشروط العامة لدعوى
٦٠١	الحيابة
٦٠٢	أولا : المصلحة في دعوى الحيابة
٦١٠	ثانيا : الصفة في دعوى الحيابة
	الفصل الثاني : الشروط الخاصة بدعوى
٦١٣	الحيابة
٦١٣	أولا : ميعاد رفع دعوى الحيابة
	ثانيا : محم الجمع بين دعوى
٦١٥	الحيابة ودعوى الحق
٦١٩	الفرع الثاني : طبيعة دعوى الحيابة ونظامها
٦١٩	الفصل الأول : طبيعة دعوى الحيابة
	الفصل الثاني : النظام القانوني لدعوى
٦٢٢	الحيابة

الصفحة	الموضوع
٦٢٧	المطلب الثالث : الحماية الجنائية للحيازة . . .
	الفرع الأول : الحيازة التي يحميها المشرع
٦٢٧	الجنسائي
٦٢٨	الفصل الأول : مفهومها
	الفصل الثاني : صور الاعتداء المجرم
٦٣١	على الحيازة
	الفرع الثاني : النظام القانوني لعملية الحيازة
٦٣٤	جنائيا ومشكلاته
	الفصل الأول : النظام القانوني لحماية
٦٣٤	الحيازة جنائيا
	الفصل الثاني : المشكلات التي اثارها
٦٣٧	حماية الحيازة جنائيا

الخطا والصواب

الصواب	الخطا	صفحة
المطلب الثانى	المبحث الثانى	١٠٤
الفرع الاول	المطلب الاول	١٠٤
الفرع الثانى	المطلب الثانى	١١٠
الفصل الاول	الفرع الاول	١١٠
الفصل الثانى	الفرع الثانى	١١٧
الفرع الثالث	المطلب الثالث	١٢٦
الفصل الثانى	الفرع الاول	١٢٦
الفصل الثالث	الفرع الثانى	١٣٠
المطلب الثالث	المبحث الثالث	١٤٠
الفرع الثانى	المطلب الثانى	٢٦٥

رقم الايداع : ١٩٨٩/٨٥١٦

مؤسسة البعثاني للطباعة

٦ شارع البرماوى

حدائق القبة

